J. rom. m.
33 wc

J. rom. m. 33^wc

Beckhaus

<36636555210013

<36636555210013

Bayer. Staatsbibliothek

J. vom m.
33 wc

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Grundzüge

des

gemeinen Erbrechts.

Ein Leitfaden für Studirende

von

Dr. F. W. K. Beckhaus,
früherem Docenten der Rechte in Bonn und Königsberg.

Jena,
Druck und Verlag von Friedrich Mauke.
1860.

13 - Bg.

Grundzüge

des

gemeinen Erbrechts.

Erste Abtheilung.

Die Einleitung in das Erbrecht und die Lehre von der Delation der direkten Erbfolge enthaltend

von

Dr. F. W. K. Beckhaus,
früherem Docenten der Rechte in Bonn und Königsberg.

Jena,
Druck und Verlag von Friedrich Mauke.
1860.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorwort.

So wenig es an ausführlichen Darstellungen des gemeinen Erbrechts, an guten Monographieen und Abhandlungen über erbrechtliche Lehren und Fragen fehlt, so selten befriedigen doch die Pandektenlehrbücher das Bedürfniß der Lernenden, auf die sie zunächst berechnet sind. Der Lernende wird in ihnen bald eine klare Darstellung der Grundbegriffe, bald eine übersichtliche Entwicklung der einzelnen Lehren des Erbrechts, bald den Nachweis des historischen Zusammenhanges zwischen dem gemeinen und römischen Recht und nicht selten die Antwort auf manche sich ihm aufdrängende Frage vermissen, während ihm auf der andern Seite häufig ganz Antiquirtes entgegengebracht und er vielfach im Ungewissen darüber gelassen wird, was denn nun gemeinrechtlich gilt, was nicht. Wer es daher versucht, ihm das Vermißte zu bieten, ihm in möglichst einfacher, übersichtlicher Weise die Grundbegriffe und Lehren des Erbrechts darzustellen, den dogmatischen und historischen Zusammenhang derselben zu entwickeln und so mit Fortlassung des rein Antiquirten in die gemeinrechtliche Praxis einzuführen, der wird ihm einen guten Dienst gethan und somit auch sein, wenngleich noch so kleines, Theil zur Verbreitung der Wissenschaft beigetragen haben, denn wie sehr sich manche Gelehrten auch dagegen sträuben mögen, es gilt in der Welt doch auch für sie was Phädrus sagt (fab. 3, 17):

*

Nisi utile est quod facimus, stulta est gloria.

Seit Jahren mit der Ausführung eines solchen Versuches beschäftigt, lege ich hier zunächst die erste Abtheilung, welche die Einleitung in das Erbrecht und die Lehre von der Delation der direkten Erbfolge enthält, dem Publikum vor. Die zweite Abtheilung wird im Laufe des Jahres erscheinen. Den Zweck des Ganzen giebt der Titel des Buches deutlich genug an.

Daß dieses Buch wie jedes menschliche Werk seine Schwächen haben und vielleicht manche Irrthümer enthalten mag, das bezweifle ich nicht — davon ist das Werk keines Gelehrten frei —; auch nicht, daß manche in ihm dargelegten Ansichten auf Widerspruch stoßen werden, wie er auf einem so kontroversenreichen Gebiete unvermeidlich ist: aber wo humane Richter über den Werth einer Arbeit zu Gericht sitzen, da werden einzelne Schwächen und Irrthümer so wenig wie abweichende Ansichten dem redlichen Arbeiter seinen Lohn schmälern können, da wird es zumeist darauf ankommen, ob er treu und fleißig, das gesteckte Ziel vor Augen, gearbeitet, und ob er nach dem Maße seiner Kraft erreicht hat, was er gewollt. Der Treue und des Fleißes im Arbeiten bin ich mir bewußt; über das Gelingen müssen Andre urtheilen. Und so gebe ich denn der studirenden Jugend zum Sporn für weiteres Forschen, den älteren Juristen zur freundlichen Aufnahme und Beurtheilung dieses Buch hin, das letzte, was mir auf deutschem Boden zu schreiben vergönnt war.

Königsberg im Mai 1860.

Beckhaus.

Inhaltsverzeichniß.

Erster Theil: Die direkte Erbfolge.

Erstes Kapitel: Delation der direkten Erbfolge.

Erster Abschnitt: Intestaterbfolge.

I. Successionsgründe.

A. Verwandtschaft.

B. Ehe.

II. Successionsordnung.

A. Regelmäßige.

B. Außerordentliche.

Zweiter Abschnitt: Testamentarische Erbfolge.

I. Begriff des Testaments.

II. Testamenti factio.

III. Testamentsformen.

A. Privattestamente.

B. Oeffentliche Testamente.

IV. Inhalt des Testaments.

A. Willen des Testators im Allgemeinen.

B. Wesentlicher Inhalt des Testaments.

C. Außerwesentlicher Inhalt des Testaments.

1) Nebenbestimmungen.

2) Substitutionen.

V. Wegfall des Testaments.

A. Arten des Wegfalls.

B. Nothwendiger Wegfall des Testaments.

C. Willkürliche Aufhebung des Testaments.

III. Notherbfolge nach Novelle 115.

A. Vorschriften der Novelle.

B. Verhältniß der Nov. zum früheren Rechte.

Einleitung.

§. 1.

Bedeutung und Aufgabe des Erbrechts.

Durch die Familienmitgliedschaft der Person gestalten sich ihre dinglichen und obligatorischen Rechte zum Begriffe des **Vermögens**. **Dieses** bleibt, als nicht an die Person gebunden, nach dem Fortfalle seines bisherigen Vertreters durch Tod als familia defuncti [1]) bestehen und geht nun von selbst auf die hinterbliebnen Familienglieder über, denn diese eben sind nach der naturalis ratio als domestici heredes, als „vivo quoque patre quodam modo domini", die natürlichen Vertreter des Nachlasses, welche „post mortem patris non hereditatem percipere videntur sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur" [2]). Daher erkennt ihnen auch das Gesetz die nächste Successionsberechtigung zu, und so ist das Erbrecht in seiner ursprünglichen Bedeutung Modifikation der Familiengüterrechte durch den Tod eines Familiengliedes und zunächst gesetzliches oder Intestaterbrecht. In welchem Umfange, das wird nach der je-

1) Gai. 2, 104; Ulp. 11, 14 und L. 195. §. 1. Dig. de V. S. 50, 16.

2) Daher Gai. 2, 157; §. 2. Inst. de hered. qual. 2, 19; Paul. L. 7. pr. Dig. de bon. damn. 48, 20; L. 11. Dig. de lib. et post. 28, 2; Ulp. L. 10. Dig. Pro socio 17, 2.

desmaligen Gestaltung der Familie verschieden sein. Weil aber die Familienmitgliedschaft auch durch juristische Handlungen begründet und gelöst werden kann, so ist außer der gesetzlichen Erbfolge in der testamentarischen der Privatdisposition über den Nachlaß Raum gelassen. Die Aufgabe des Erbrechts ist es nun, die Lehre vom Uebergange des Vermögens eines Verstorbenen auf Ueberlebende darzustellen [3]).

§. 2.

Begriff des Erbrechts und der Erbfolge.

Die vermögensrechtliche Persönlichkeit eines Verstorbenen (§. 13), seine familia, die universitas bonorum, welche nun auf andre Lebende übergehen soll, heißt, mag sie körperliche Sachen enthalten oder nicht [1]), damnosa sein oder nicht [2]), nach Civilrecht hereditas, nach prätorischem Rechte bona [3])

---

3) Das Erbrecht bezieht sich daher auf alle Rechte, welche nach dem Tode einer Person auf andre übergehen können, sei es per universitatem, sei es als singulae res. Gaius (2, 97—190) und die Just. Institutionen (§. 6. Inst. per quas pers. nob. adquir. 2, 9) dagegen fassen das Beerben als zum ius quod ad res pertinet gehörend nur als per universitatem adquisitio auf und lassen dann (Gai. 2, 191 sqq. Inst. de legat. 2, 20) anhangsweise die Lehre von den Legaten und Fideikommissen folgen.

1) Pap. L. 50. pr. Dig. de H. P. 5, 3: „Hereditas etiam sine ullo corpore [Ulp. L. 3. §. 1. Dig. de B. P. 37, 1: etsi nihil corporale est in hereditate] iuris intellectum habet."

2) Pompon. L. 119. Dig. de V. S. 50, 16: Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem, iuris enim nomen est sicuti bonorum possessio. Die hereditas als solche ist eine Einheit.

3) Gai. L. 24. Dig. eod; Iul. L. 62. Dig. de R. I. 50, 17. „Hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius quod defunctus habuit." — Afric. L. 208. Dig. de V. S. „Bonorum appellatio sicuti hereditatis universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat". Cf. Ulp. L. 3. pr. Dig. de B. P. 37, 1.

und wird als as, als eine **Einheit**, gewöhnlich in 12 Theile (unciae)[4]) eingetheilt. So lange sie aber noch nicht von Lebenden vertreten, so lange sie nondum adita hereditas, s. g. hereditas iacens ist, gilt sie als eine den Verstorbenen selbst vorstellende Person[5]); und auch erst dann,

4) §. 5. Inst. de hered. inst. 2, 14: „Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quae assis appellatione continentur. Habent autem et hae partes propria nomina ab uncia ($^1/_{12}$) usque ad assem ($^{12}/_{12} = 1$) ut puta haec: sextans ($^1/_6$), quadrans ($^1/_4$), triens ($^1/_3$), quincunx ($^5/_{12}$), semis ($^1/_2$), septunx ($^7/_{12}$), bes ($^2/_3$), dodrans ($^3/_4$), dextans ($^5/_6$), deunx ($^{11}/_{12}$), as ($^{12}/_{12} = 1$). Uebrigens kann der Testator auch mehr als 12 Theile machen, so daß eine Verdoppelung des Aß nöthig ist. Dieses verdoppelte as = Dupondius s. Dupondium.

5) Die Quellen erkennen die juristische Persönlichkeit der hereditas nondum adita in folgenden Ausdrücken: personae vicem sustinet, personae vice fungitur, domini loco habetur, defuncti locum obtinet, domina est durchaus an: §. 2. Inst. de hered. inst. 2, 14; pr. Inst. de stipul. serv. 3, 17; L. 22. Dig. de fide iussor. 46, 1; L. 15. pr. Dig. de interrog. in iure 11, 1; L. 31. §. 1. Dig. de hered. inst. 28, 5; L. 34. Dig. de A. R. D. 41. 1; und das entspricht dem Begriffe der Rechtssubjektivität, denn was Rechte haben soll, muß Persönlichkeit haben, und dasjenige Rechtssubject, das keine physische Person ist, kann nur eine juristische sein. Diese Natur der hereditas iacens, die Savigny (Syst. §. 102) bestritten, erkennt denn auch die große Mehrzahl unsrer Romanisten an, sie freilich auf verschiedne Weise begründend: Puchta, Pand. §. 447 (dazu Vorles. II. S. 287 ff.), Böcking, Pand. I. §. 62 f. namentlich Note 5, Arndts in Weiske's Rechtslex. v. Erbschaft Bd. IV. S. 3 ff. Ihering, Abhandlungen aus dem R. R. S. 147 ff., Scheuerl, Beiträge zur Bearb. d. R. R. Bd. I. Nr. I., vgl. auch Donelli comment. libr. VI. cap. 2. Nr. 6 (edit. Flor. tom. II. pag. 13). Der Nachlaß ist also niemals, selbst nach altem Rechte nicht, eigentliche res nullius, gewöhnliches Occupationsobject; selbst das alte Recht fordert doch noch usucapio (pro herede) zum Erwerbe der hereditas iacens. Da diese aber nur juristische Person, nicht eine mit **natürlichem** Willen begabte domina ist, so kann freilich der strengen Theorie nach an einer hereditas iacens ein furtum nicht begangen werden (Paul. L. 6. Dig. Exp. hered. 47, 19; Marcell. L. 68. Dig. de furt. 47, 2), denn

wenn der Erbe den Nachlaß erworben hat, hört die Geschiedenheit seines Vermögens und der hereditas auf[6]). Hereditas im objectiven Sinne (Erbe, Erbgut, Nachlaß) umfaßt also alle reinen — denn nur diese können auf andere Personen übergehen — nicht an die Individualität des Erblassers gebundnen Vermögensrechte, und dem entsprechend bezeichnet hereditas im subjectiven Sinne die successio in universum ius quod defunctus habuit[7]), die Berechtigung zur Vertretung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbnen, das Erb- oder Erbfolgerecht.

§. 3.

Arten der Erbfolge.

Die Erbfolge findet nun entweder so Statt, daß der successor die Gesammtheit der Vermögensrechte des Verstorbnen resp. einen Bruchtheil derselben als Ganzes, als universitas vertritt, oder so, daß nur einzelne Vermögensrechte oder sie alle als einzelne auf den Erwerber übergehen. In jenem Falle heißt die Succession Universal- (per universitatem successio) oder, weil der Successor unmittelbar die vermögens-

dieses geschieht nur invito domino; ein Satz, der seine praktische Bedeutung nach dem Hadrian. S. C. (Gai. 2, 52—58) und namentlich mit dem durch Marc Aurel ausgebildeten extraord. crimen expilatae hereditatis verlor, vgl. Arndts, Ueber die usucapio pro herede im Rhein. Mus. f. Jrpdz. Bd. II. S. 125 ff., namentlich S. 131 ff.

6) Dagegen ist nicht Iavolen. L. 22. Dig. de usucap. 41, 3: Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur; er sagt nur: sobald die rechtliche Stellung einer Person als Erbe in Betracht komme (und das geschieht praktisch doch erst mit dem Uebergange der Erbenrechte und -pflichten), sei kein Unterschied zwischen heres und hereditas; beide repräsentiren das Vermögen des Verstorbnen.

7) Iulian. L. 62. Dig. de R. I. cf. Note 3.

rechtliche Persönlichkeit des Verstorbnen in sich aufnimmt, direkte, im andern Falle Singular- (in singulas res successio) oder, weil hier der Erwerb der einzelnen Vermögensrechte erst durch den Erben vermittelt wird, indirekte Succession, und zwar heißt der direkte Successor nach Civilrecht heres [1], nach prätorischem Rechte bonorum possessor, der indirekte legatarius oder fidei commissarius (is cui fidei commissum relinquitur), Vermächtnißnehmer. Beiden Successionen wird dann die mortis causa capio im engern Sinne entgegengesetzt.

§. 4.

Delation und Adquisition.

Bei jeder Succession aber kommt in Betracht:

1) der Rechtsgrund, worauf man sein Successionsrecht stützt: die Delation, die rechtliche Ermöglichung der Succession [1]), und
2) der Akt, mit welchem man die Delation für sich durch Eintritt in den Nachlaß wirksam macht: die Adquisition, die rechtliche Verwirklichung der Succession [2]).

Beide Momente sind im römischen Rechte stets von einander getrennt; nur bei den suis et necessariis heredibus, d. h. bei den der patria potestas [und manus] des Erblassers zur Todeszeit unterworfnen und durch dessen Tod sui iu-

---

1) Festus v. Heres apud antiquos pro domino ponebatur (ed. Müll. pag. 99).

1) Ter. Clem. L. 151. Dig. de V. S. 50, 16: Delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi.

2) Flor. L. 49. §. 1. Dig. de her. inst. 28, 5: ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est quo adquirit hereditatem.

ris werdenden Personen [3]) fallen Delation und Adquisition der Erbschaft in ein und denselben Zeitpunkt zusammen, indem die sui, wenn sie nicht giltig ausgeschlossen sind, ipso iure Erben werden und sich, wenn sie nicht Erben bleiben wollen, von der Erbschaft lossagen müssen [4]).

§. 5.

Delationsgründe und Delationszeit.

Der Delationsgründe kennt das römische Recht nur zwei: Testament (testamentaria hereditas) und Gesetz [1]) (legitima sive intestati hereditas). Das Testament ist die besondere lex über gerade diesen Nachlaß, das Gesetz die allgemeine lex de familia defuncti, jenes die Ausnahme, dieses die Regel. Daher geht wie die Ausnahme der Regel so auch die testamentarische der Intestaterbfolge vor [2]), und wie auf denselben Fall nicht Ausnahme und Regel zugleich Anwendung finden können, so kann auch für denselben Nachlaß nicht testamentarische und Intestaterbfolge, sondern nur die eine oder die andere Statt haben: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest [3]). Dieses Princip des römischen Rechts gilt für den Nachlaß des pa-

---

3) Gai. 3, 2—6; §. 1. Inst. de hered. quae ab int. 3, 1; Ulp. 22, 14 sq. cf. §. 1. Note 2.

4) Gai. 2, 157—159 und L. 14. Dig. de suis et leg. 38, 16; §. 2. Inst. de hered. qualit. 2, 19.

1) Gai. 2, 99; L. 1. Dig. de H. P. 5. 3.

2) L. 39. Dig. d. A. v. O. H. 29, 2.

3) Pomp. L. 7. Dig. de R. I. 50, 17: Ius nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est; §. 5. Inst. de hered. inst. 2, 14; Brachylog. iur. civ. de divis. hered. 2, 22 i. f. (ed. Böcking pag. 63), Cic. de inv. II, 21: Unius pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec umquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset.

ganus, des Nichtsoldaten, wegen der Einheitlichkeit dieses Nachlasses [4]) (er ist universitas, ist personificirte familia) ohne wirkliche Abweichung [5]), bildet aber für den Soldatennachlaß, eben weil dieser nur als eine Summe einzelner Vermögensrechte aufgefaßt und deßhalb nicht den strengen civilrechtlichen Bestimmungen, dem ius publicum, sondern nur der ohne alle Solennität zu erklärenden voluntas militis unterworfen wird, keine Norm [6]). Außer

---

4) Vgl. Huschke, Ueber die Rechtsregel Nemo pro parte etc. im Rhein. Mus. f. Jrpdz. Bd. VI Nr. VIII, woselbst SS. 259–271 auch eine Uebersicht der bisherigen Erklärungsversuche. Schon der bekannten Stelle Gai. 2, 53, 54 liegt diese Auffassung von der Einheitlichkeit der hereditas zum Grunde.

5) Als Abweichungen betrachten einige:

a. die Möglichkeit einer bloß theilweisen Rescission des Testaments wegen nur gegen einzelne, nicht gegen alle Erben durchgeführter Inofficiositätsquerel (Pap. L. 15. §. 2; Ulp. L. 24. Dig. de inoff. test. 5, 2),

b. die Möglichkeit, daß neben der contra tabulas B. P. Kinder und Eltern des Verstorbenen aus dessen Testam. succediren (L. 16. Dig. de legat. praest. c. t. B. P. pet. 37, 5) und daß neben der intestati hereditas die secundum tabulas B. P. Statt finde.

Aber bei dem Falle sub a ist übersehen, daß jene theilweise Rescission nur eine Folge der res iudicata ist (vgl. Huschke loc. cit. S. 336 ff.), dann, daß das Testament als solches doch immer ganz fortfällt (§. 81) [Pap. sagt ausdrücklich: „nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri, nicht esse; ebenso Ulp. L. 24. cit.], und bei den Fällen sub b ist übersehen, daß die Einen als heredes, als civilrechtlich, die Anderen als bonorum possessores, als prätorisch Berechtigte eintreten (vgl. §. 9, auch Huschke l. cit. S. 333 ff.).

6) Ulp. L. 6. Dig. de test. mil. 29, 1: „miles pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus". Gai. 2, 109; pr. Inst. de mil. test. 2, 11. So wird der Soldat, wenn ein Erbe nur auf einen Theil eingesetzt ist, der Regel nach auf den übrigen Nachlaß ab intestato beerbt (LL. 6, 37. Dig. h. t. 29, 1); so gilt für die ausfallende Portion ohne den vermuthlichen Willen des miles das Adcrescenzrecht nicht (L. 37. Dig. eod.; L. 1. Cod. h. t. 6, 21); so kann

diesen beiden Delationsgründen, Testament und Gesetz, läßt das römische Recht keinen andern zu; es verwirft als contra bonos mores aut contra iuris publici rationem gehend[7]), sowol den s. g. adquisitiven als auch den s. g. renunciativen Erbvertrag durchaus [8]) und läßt consequent auch das Versprechen einer Conventionalstrafe für den Fall, si heredem me non feceris, nicht zu[9]). Seitdem aber das kanonische Recht beschwornen Erbverzicht für giltig[10]) erklärt und das deutsche Recht die Erbverträge weiter ausgebildet hat[11]), kommt gemeinrechtlich neben

---

er mit mehreren Testamenten zugleich versterben (L. 19 pr. Dig. eod.) u. s. w.: alles Abweichungen, die sich aus dem oben angeführten Grunde erklären, vgl. §. 50.

7) L. 29. §. 2. Dig. de donat. 39, 5; L. 16. Dig. de suis 38, 16; L. 52. §. 9. Dig. Pro socio 17, 2; L. 3. Cod. de collat. 6, 20; L. 4. Cod. de inut. stipul. 8, 39; L. 5. Cod. de pact. conv. 5, 14. Valent. et Gallien. L. 15. Cod. de pact. 2, 3. Vgl. Hasse, Ueber Erbvertrag u. s. w. im Rhein. Museum für Jrpdz. Bd. II. S. 150 ff. und Buddeus v. Erbvertrag in Weiske's Rechtslex. Bd. IV. S. 27 ff.

8) Daß L. 19. Cod. de pact. 2, 3 keinen privilegirten Erbvertrag, sondern, „cum voluntas militum ... vim postremi iudicii obtineat“ (cf. Note 6), nur eine in dieser privilegirten Weise erklärte Erbeseinsetzung enthält, sagen die Kaiser selbst. Auch Justinian's Verfügung L. ult. Cod. eod.: es solle der Vertrag über die Erbschaft eines Lebenden nur gelten, wenn dieser selbst ihn genehmigt und bei dieser Willenserklärung „usque ad extremum vitae suae spatium“ beharrt habe, ist keine Ausnahme, da aus solchem Vertrage nur eine Obligation, keine Beerbung entsteht. — Verträge über irgend eine künftig anfallende Erbschaft (nicht aber Verträge über die Erbschaft eines bestimmten Dritten) sind als gewöhnliche Obligationen auf Uebertragung einer solchen giltig (L. 3. §. 2. Dig. Pro socio 17, 2; L. 16. pr. Dig. de pact. 2, 14).

9) L. 61. Dig. de V. O. 45, 1.

10) Bonif. VIII. c. 2. in VI°. de pact. 1, 18.

11) Eichhorn, Deutsch. Privatr. §§. 340 ff.; Kraut, §§. 187 ff. vgl. Hasse l. cit.

der testamentaria und intestati auch die pacticia hereditas in Betracht [12]).

Die Zeit der Delation ist der Moment des Todes des Erblassers und für die Intestaterbfolge dabei die Gewißheit, daß der Erblasser als intestatus, also ohne Hinterlassung eines giltigen Testaments (§. 34) gestorben sei [13]).

§. 6.

Hereditas und bonorum possessio.

Die direkte Succession tritt aber im römischen Rechte in zwei Formen auf: in der Form der civilen hereditas und der der prätorischen bonorum possessio (B. P.) [1]), jene auf der lex und den legis vicem habenden Rechtsbestimmungen, diese auf dem prätorischen Edikte als dem Hauptorgane des ius gentium beruhend, beide neben einander schon gegen Ende der Republik in voller Uebung [2]). Die civile hereditas nämlich beruhte ganz auf der national römischen Gestaltung der familia und gens, berücksichtigte daher lediglich die Agnation als iuris civilis cognatio, gestand der bloßen Cognation und somit auch den capite Diminuirten kei-

---

12) Die usucapio, die das alte römische Recht als usucapio pro herede, bis auf Hadrian lucrativa (Gai. 2, 54), als Erwerbstitel der hereditas zuließ, kennt das Justin. Recht nicht mehr; nach ihm ist die usucap. pro herede nur Singularerwerb auf den Titel eines Erben (LL. 11. pr. .. 13. §. 1. Dig. de H. P. 5, 3). Auch die alte in iure cessio nondum aditae hereditatis (Gai. 2, 35—37) ist im Justin. Rechte längst antiquirt (cf. §. 13).

13) §. 6. Inst. de leg. agnat. success. 3, 2; LL. 1. 8. 2. §§. 5, 6. Dig. de suis et legit 38, 16.

1) Gai. 3, 25—38; 2, 119—137; Inst. h. t. 3, 9 (10); Ulp. frgm. tit. 28; Paul. S. R. III, 1 A.; Theod. Cod. h. t. 4, 1; Dig. h. t. 37, 1; Iust. Cod. Qui admitti ad B. P. poss. 6, 9.

2) Cic. in Verrem II libr. 1. cap. 44.

nen Anspruch zu und schloß jede successio aus [3]). In dieser strengen Abgeschlossenheit vermochte sich die hereditas nicht mehr zu erhalten, als mit dem Wachsen des Fremdenverkehrs und dem allmäligen Eindringen der freieren Grundsätze des ius gentium die Familiengewalt und die Gentilitätsrechte ihre alte Bedeutung verloren; es konnte sich mit der wachsenden Ausdehnung des römischen Reiches die hereditas den Einflüssen des prätorischen Edikts nicht entziehen. Vermochte nun auch der Prätor keinen zum heres zu machen — „per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt" [4]) —, so konnte er doch jedem ihm dazu berechtigt Scheinenden auf sein Ansuchen den Nachlaßbesitz, die bonorum possessio zuweisen, ihn in diesem Besitze schützen, ihn wie einen Erben behandeln und ihm mit Hilfe von fictiones analoge Klagerechte, ficticiae actiones geben [5]). Das that der Prätor, und zwar wol ursprünglich, um durch Einführung der successio unter den civilrechtlichen Erbklassen (vgl. §. 20) und durch Festsetzung von Deliberationsfristen, die durch die alte cretio und usucapio pro herede nur mangelhaft erreicht wurden, das häufige Vakantwerden des Nachlasses zu verhindern [6]). Deshalb ertheilte er zunächst confirmandi iuris civilis gratia innerhalb der durch das successorium edictum anberaumten Agnitionsfristen den Testaments- und den civilrecht-

3) Gai. 3, 1—24 cf. §. 20.

4) Gai. 3, 32; §. 2. Inst. h. t. 3, 9 (10).

5) Gai. 4, 34.

6) Ulp. L. 1. Dig. de success. edict. 38, 9; §. 8. Inst. h. t. So setzen wir mit Leist (Die B. P. Ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung. Göttingen 1844 und 1848) den Ursprung der B. P. in das successorium edictum. Ueber die abweichenden Ansichten siehe ebendas. Bd. I. Einleitung S. XXIII. sqq., Puchta, Institutionen III. §. 316, Vangerow, Pand. II. §. 398, Heimbach v. B. P. in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 306 sqq.

lich berufnen Intestaterben den Nachlaßbesitz, erweiterte dann supplendi iuris civilis gratia den engen Kreis der Erbberechtigten durch Zulassung der civilrechtlich nicht berücksichtigten Cognaten und des überlebenden Ehegatten zur B. P., und ertheilte sie endlich impugnandi vel corrigendi iuris civilis gratia den bei der Testirung nicht gehörig berücksichtigten Kindern, sie als solche auch ab intestato berufend. So erreichte die B. P. in der klassischen Zeit die Emendation des Civilrechts, um weswillen sie eingeführt war [7]), und arbeitete der späteren Kaisergesetzgebung vor.

§. 7.

Arten der B. P. und Klassen der intestati B. P.

Die B. P. wurde sowol beim Nachlasse eines testat wie bei dem eines intestat Verstorbnen und zwar in jenem Falle entweder als contra tabulas (c. t.) oder secundum tabulas (s. t.), in diesem als intestati B. P. so ertheilt, daß die c. t. der s. t. B. P. und diese der intestati B. P. vorging [1]).

I. Die contra tabulas B. P. [2]) nämlich verhieß das Edikt den im Testamente präterirten oder nicht so, wie es der Prätor verlangte (§ 76), exheredirten suis, leiblichen wie Adoptivkindern, und den präterirten emancipati naturales (nicht den noch in der Adoptivfamilie befindlichen) liberi, Letztern aber nur gegen Kaution wegen der Collation des von ihnen inzwischen erworbenen Vermögens. Eine spätere Ergänzung des

---

7) pr. Inst. h. t.

1) Ulp. 28, 1; L. 1. §. 2. Dig. Si tabul. test. nullae 38, 6 und Modest. L. 1. §. 1. Dig. Quis ordo 38, 15.

2) Ulp. 28, 2–4; §. 3. Inst. h. t.; Dig. h. t. 37, 4; Cod. h. t. 6, 12.

Edikts, das edictum de coniugendis cum emancipato liberis [3]), gab auch den in der potestas ihres Großvaters bis zu dessen Tode gebliebnen Enkeln, wenn sie nicht enterbt waren, neben ihrem emancipirten Vater das Recht auf diese B. P., jedoch so, daß Letzterer die eine, die Enkel die andere Hälfte eines Kopftheiles bekamen. Mit der Ertheilung dieser c. t. B. P. fielen die Erbeseinsetzungen außer denen der Eltern und Kinder [4]) des Erblassers und die Vermächtnisse, ausgenommen die den coniunctae personae, d. h. den A- und Descendenten und der Ehefrau und Schwiegertochter dotis nomine hinterlassenen [5]) fort, und es traten nun mit Aufrechthaltung der Pupillarsubstitutionen, der Vormundschaftsanordnungen und Enterbungen die präterirten sui und emancipati neben den Testamentserben in den Nachlaß ein [6]).

II. Fand die c. t. B. P. nicht Statt, so konnten die secundum tabulas erbitten die im Testamente, wenngleich in einem iure civili imperfectum sive ruptum testamentum (§. 67) eingesetzten Erben und, wenn keiner von ihnen sie erbeten hatte, die Substituten (§. 62), vorausgesetzt, daß das Testament wenigstens mit 7 Zeugensiegeln versehen (§. 41) und der Testator zur Todeszeit suae potestatis gewesen war und sowol mor-

---

3) Dig. h. t. 37, 8; Pompon. L. 5. pr. und §. 2. Dig. Si tab. test. nullae 38, 6.

4) Beträgt aber ihre testamentarische Erbportion mehr als ein Kopftheil, so soll jene nach der durch rescriptum divi Pii zum Gesetz erhobnen Ansicht Julians auf die Virilportion reducirt werden (Ulp. L. 5. §§. 6 und 7. Dig. de legat. praest. c. t. b. p. petita 37, 5).

5) Dig. eod. tit.; von diesen Vermächtnissen und mort. causa donationes gilt dieselbe Beschränkung wie Note 4.

6) L. 8. §. 14. Dig. h. t. 37, 4.

tis tempore als auch zur Zeit der Testamentserrichtung die testamenti factio (§. 37) gehabt hatte. Die Erben resp. Substituten traten dann gemäß der testamentarischen Anordnung ein [7]).

III. Endlich, si tabulae testamenti nullae exstabunt [8]), trat die intestati B. P. nach folgenden 4 Klassen so ein, daß die nachfolgende an die Reihe kam, wenn sie keiner aus der vorhergehenden Klasse erhalten hatte (successio ordinum), und daß beim ordo cognatorum erst die ganze Cognation des ersten, dann die des zweiten u. s. w. Grades berücksichtigt wurde und sie der später Berufne erst erbitten konnte, wenn sie der Vordelat nicht erhalten hatte [9]) (successio graduum).

1. Klasse: die leiblichen und adoptirten sui wie emancipati liberi des Erblassers mit Ausnahme der in Adoption gegebnen; daher nach dem Anfange des Ediktsabschnittes Unde liberi genannt [10]).

2. Klasse: alle civilrechtlich, d. h. durch die lex XII oder eine legis vicem habende Rechtsbestimmung berufnen Intestaterben; daher Unde legitimi genannt, also die sui, agnati, gentiles des Erblassers und seit dem S. C. Tertullianum und Orfitianum (§. 20) die Mutter als solche und ihre Kinder [11]).

---

7) Ulp. 28, 5 sq. und 23, 6; Gai. 2, 119, 147; §§. 1 und 3. Inst. h. t. 3, 9 (10); Dig. h. t. 37, 11 und Si tabul. test. exst. 37, 2; Cod. h. t. 6, 11.

8) Ulp. 28, 7—9; §. 3. Inst. h. t.

9) Ulp. 28, 11; §. 3. Inst. h. t.; Marc. L. 5. pr. Dig. Quis ordo 38, 15; L. 1. §§. 6 und 10. Dig. de success. ed. 38, 9. So schließen z. B. Kinder des Erblassers dessen Agnaten, diese die Cognaten aus, und der entferntere Cognat rückt, wenn der nähere die B. P. nicht erbittet, an dessen Stelle.

10) Dig. h. t. 38, 6; Cod. h. t. 6, 14.

11) Dig. h. t. 38, 7; Cod. h. t. 6, 15.

3. Klasse: die Cognaten des Erblassers bis zum sechsten Grade einschließlich und vom siebenten noch die Sobrinenkinder, daher Unde cognati genannt[12]).

4. Klasse: der überlebende Ehegatte des Erblassers, daher Unde vir et uxor genannt[13]).

Außer den hier aufgeführten bonorum possessiones behielt sich der Prätor noch die Ertheilung des Nachlaßbesitzes für einzelne besondere Fälle, z. B. ventris nomine, ex Carboniano edicto u. s. w., vor.

§. 8.

Ertheilung und Wirkung der B. P.

Ertheilt wurde die B. P. immer nur auf Ansuchen [1]) der Berechtigten, sie mußten bonorum possessionem petere, adgnoscere, postulare und zwar anfänglich durch ein schriftliches an den Prätor oder praeses provinciae gerichtetes Gesuch (libellus) um Ertheilung der B. P. [2]), später seit Constantius durch irgend eine, keiner Solennität bedürftigen Erklärung vor der Obrigkeit [3]). Aber diese Erklärung mußte, „ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent et creditoribus longior mora fieret“ [4]), nach der Anordnung des successo-

---

12) Dig. h. t. 38, 8; Cod. tit. cit. Für den Nachlaß eines intestat verstorbenen emancipirten Hauskindes (Dig. h. t. 37, 12) waren vor Justinian in der dritten Klasse noch vor den Cognaten des Kindes die §. 3 Inst. h. t. genannten decem personae berufen, im Justinian. Rechte aber ist diese Klasse durch L. 6. Cod. de emancip. 8, 49. antiquirt (§. 4 Inst. eod.).

13) Dig. h. t. 38, 11; Cod. h. t. 6, 18.

1) Invito nemini bonorum possessio adquiritur. Ulp. L. 3. §. 3. Dig. h. t. 37, 1.

2) Theoph. Paraphr. ad. §. 10. Inst. h. t.; L. 1. Cod. Commun. de success. 6, 59.

3) L. 9. Cod. Qui admitti ad B. P. poss. 6, 9.

4) L. 1. pr. Dig. de successor. ed. 38, 9; §. 8. Inst. h. t.

rium edictum von den Eltern und Kindern des Erblassers intra utilem annum, von allen übrigen die B. P. beanspruchenden Personen intra centum dies utiles, gerechnet von dem Momente an, ex quo petere potuerant, abgegeben werden [5]). Auf die Agnition hin ertheilte dann der Prätor die B. P. nach den Normen seines Edikts gewöhnlich ohne weiteres de plano (s. g. B. P. edictalis), so daß hier die Repudiation der B. P. noch offen war, oder er wies sie ausnahmsweise z. B. ventris nomine, ex Carboniano edicto nach vorausgegangner causae cognitio pro tribunali durch Dekret zu (s. g. B. P. decretalis), so daß hier die Repudiation ausgeschlossen war.

Die Wirkung der ertheilten B. P. war die Fiktion eines Erben für den bon. poss.; er galt loco heredis [6]); die Vermögensrechte gingen auf ihn utiliter, wie auf einen Erben über; er hatte zu deren Geltendmachung utiliter seine ficticiae actiones und mußte sich utiliter, wie wenn er Erbe wäre, belangen lassen [7]). Außerdem hatte er zur Besitzerlangung der zum Nachlasse gehörigen Sachen, deren bonitarisches [8]) Eigenthum er erwarb, ein eigens proponirtes interdictum, das interd. Quorum bonorum (§. 104) und später gab man ihm wegen seiner analogen Stellung die hereditatis petitio possessoria (§. 100). Aber diese Wirkungen traten nur dann dauernd und definitiv ein, wenn die B. P. cum re war, d. h. wenn kein civilrechtlich besser Berechtigter gegen den bonor. possessor mit der hereditatis petitio erfolgreich auftrat; dann

---

5) Ulp. 28, 10 und L. 1. §. 12. Dig. tit. cit.; §. 9. Inst. h. t.; L. 2. Dig. Quis ord. in poss. 38, 15.

6) Gai. 3, 32; Ulp. 28, 12; Paul. L. 117. Dig. R. I. 50, 17.

7) Gai. 4, 34.

8) Gai. 3, 80.

konnte der bonor. possessor den Nachlaßbesitz definitiv behalten. War die B. P. aber sine re, d. h. wurden bessere Ansprüche eines civilrechtlich Berechtigten mit der hereditatis petitio erfolgreich gegen den bonor. possessor geltend gemacht, so mußte er den Nachlaß wieder herausgeben [9]). So war die von jemandem erbetne intestati B. P. sine re, sobald der in einem civilrechtlich giltigen Testamente eingesetzte Erbe seine hereditatis petitio durchführte, ob er gleich die sec. t. B. P. nicht agnoscirt hatte; so gleichfalls sine re die vom Agnaten erlangte intestati B. P., sobald der civilrechtlich ab intestato berufne suus sein besseres Erbrecht geltend machte; dagegen war sie cum re, wenn z. B. der civilrechtliche heres vor der Erbantretung ausgefallen und kein andrer civilrechtlich Berechtigter an seine Stelle getreten war.

§. 9.

Verhältniß der hereditas et B. P. zu einander.

Durch das Nebeneinanderbestehen der civilen hereditas und der prätorischen B. P. war die Möglichkeit gegeben, daß in Bezug auf ein und denselben Nachlaß die Berechtigten auftraten

1) entweder bloß als heredes oder bloß als bonor. possessores,
2) oder als heredes und als bonor. possessores,
3) oder endlich die Einen als heredes, die Andern als bonor. possessores.

Die beiden ersten Fälle waren einfach, denn machten dieselben Berechtigten nur ihre civilrechtliche Erbenqua-

9) Gai. 2, 148; 3, 35—37. Daher Ulpian's Erklärung 28, 13: cum re (bonorum possessio datur) si is qui accepit cum effectu bona retineat, sine re, cum alius iure civili evincere hereditatem possit.

lität geltend, so galten auch nur die Bestimmungen des Civilrechtes, also directae actiones, machten sie nur ihre prätorische Erbenqualität geltend, so galten auch nur die Bestimmungen des prätorischen Rechts, also utiles, ficticiae actiones und interdictum Quorum bonorum, und erbaten sie neben der hereditas noch die B. P., so kamen ihnen sowol die civilrechtlichen als die prätorischen Rechtsmittel zu. Konkurrirten dagegen die Einen als heredes mit Anderen als bonor. possessores in Bezug auf ein und denselben Nachlaß, so bedurfte es eines Prinzipes darüber, wer den Vorzug haben sollte. Dieses wurde darnach festgestellt, ob der heres in einer früheren Klasse als der jetzige bonor. possessor berufen war oder nicht, ob also jener, wenn er die B. P. erbeten hätte, dem jetzigen bonor. possessor vorgegangen wäre oder nicht. Wäre er ihm, weil früher berufen, vorgegangen, so war die B. P. nur sine re gewesen und ging nun auf den besser berechtigten heres über, wäre er ihm aber, weil in keiner frühern Klasse als der jetzige bonor. possessor berufen, nicht vorgegangen, so war die B. P. cum re und der bonor. possessor wurde corrigendi iuris civilis gratia gegen die Civilansprüche des heres durch doli mali exceptio geschützt [1]). War aber das

---

1) Ueber dieses Prinzip vergl. Leist, Die bonorum possessio Bd. I. S. 225 ff., Vangerow, Pand. II. §. 399. So gab ein Reskript von Antoninus Magnus Caracalla (vgl. Bachofen, Ausgew. Lehren Abhdlg IX. S. 268 ff., Andre, z. B. Francke, Notherbenrecht S. 102, Antoninus Pius, oder wie Leist histor. bon. poss. sec. tab. pag. 72 not. 41, Marcus Antoninus) dem bonor. possessor, der ein gehörig besiegeltes, wenn auch ohne vorausgegangne familiae mancipatio und nuncupatio (§. 41) errichtetes Testament vorzeigen konnte, gegen die hereditatis petitio des civilen Intestaterben die doli mali exceptio (Gai. 2, 120 sq.) und ein Gleiches that Hadrian gegen denjenigen Intestat-heres, der die Ruption des

Recht des heres und bonor. possessor auf den Nachlaßbesitz nach prätorischem Edikte gleich, z. B. das des suus und das des emancipatus, so konnte der Erstere als heres und als bonor. poss., der Letztere nur als bonor. poss. auftreten, und dieser hatte dann gegen die Einrede des heres, daß nur er, nicht aber der Emancipirte heres sei, die doli mali replicatio.

§. 10.

Heutige Anwendbarkeit der B. P.

Die B. P. hat sich, obwol die spätere Kaiserzeit und namentlich Justinian den früher nur prätorisch Berechtigten meistens civiles Erbrecht gegeben hat (§§. 20, 21), doch auch im Justinian. Rechte als ein eignes Erbfolgesystem neben der hereditas erhalten, denn in ihm ist freilich die c. t. B. P. durch das Nov. 115. neu regulirte Notherbenrecht fortgefallen (§. 85), aber es besteht noch die s. t. B. P. und es kommt noch neben den civilrechtlichen Intestaterbklassen die prätorische Erbklasse Unde vir et uxor und neben der hereditatis aditio in der prätorischen Agnition eine eigne Antretungsart in Betracht. Bei der Reception des römischen Rechts in Deutschland aber ist die B. P. als ein eignes Erbfolgesystem nicht aufgenommen worden, da für den Unterschied zwischen directae und ficticiae actiones kein Raum war, das eigens für den bonor. possessor gegebne interdictum Quorum bonorum (§. 104) sich nach deutschem Gewohnheitsrechte schon seit der Glossatorenzeit als rein possessorisches Rechtsmittel, das jedem Erben auch ohne Agnition gegeben wurde, ausgebildet hatte und

---

Testaments durch Agnation eines noch vivo testatore gestorbnen postumus geltend machen wollte (Ulp. L. 12. pr. Dig. de iniusto, rupto test. 28, 3).

so zwischen einem heres und bonor. possessor kein materieller Unterschied mehr bestand. Daher hat man zwar die prätorische Erbklasse des überlebenden Ehegatten recipirt, aber das Recht desselben materiell als wirkliches Erbrecht behandelt und die prätorische Agnitionsform und Agnitionsfrist als eine eigne Antretungsart der Erbschaft neben der hereditatis aditio nicht anerkannt. Dasselbe ist von der sec. t. B. P. zu behaupten [1]). Ueber die provisorischen Einweisungen in den Nachlaß vgl. §. 88.

§. 11.

Das Vermächtniß.

Wie die direkte Succession, so tritt auch die indirekte, das Vermächtniß [1]), entsprechend dem Gegensatze zwischen ius civile und ius gentium ursprünglich in zwei verschiednen Formen auf, deren eine das streng civilibus verbis, imperative, immer nur in einem Testamente angeordnete legatum, deren andre das freie, an keine Solennität gebundne, precativo modo angeordnete fidei commissum war, jenes mit civilen Klagmitteln versehen, dieses bis auf August ganz in die Pietät des Erben gestellt. Seit August aber nähern sich beide Ver-

1) So konnte Donellus mit Recht sagen: „Plane in effectu bonorum possessio est hereditas. — Verbis igitur haec distincta sunt propter subtilitatem iuris civilis, re ipsa et emolumento sunt eadem“ (comm. libr. VII. cap. 14. Nr. 4. edit. Flor. tom. II. pag. 536 sq.). Giphanius, Explanat. in Inst. ad tit. de bonor. poss.: „Si mores et aetatem nostram spectas, nullus est usus bonorum possessionis sed utimur tantum hereditate et aditione hereditatis civili.“ Leist, loc. cit. Bd. II. 5. Buch; Puchta, Pand. §. 451 und Vorlesgg. II. S. 298 ff.

1) Wie hereditas im objectiven Sinne den Nachlaß, im subjectiven das Recht auf denselben bezeichnet, so bezeichnet auch das Wort „Vermächtniß“ sowol den Gegenstand der indirekten Succession als diese selbst.

mächtnißformen immer mehr, und im Justinianischen Rechte ist die Verschiedenheit beider ganz verschwunden. Das Nähere §. 116. Bei der indirekten als der durch den Erben oder einen andern Bedachten vermittelten Succession kommen aber drei Personen in Betracht:

1) der Vermächtnißanordner (is qui legatum seu fidei commissum relinquit), d. h. der Testator oder, da nach neuerem Rechte Vermächtnisse auch neben der Intestaterbfolge statthaft sind, der Kodizillant;
2) der Vermächtnißnehmer, Bedachte oder Honorirte (is cui legatum s. fidei commissum relinquitur), d. h. der Legatar oder Fideikommissar, nach neuerem Rechte jede erwerbsfähige physische oder juristische Person;
3) der Belastete oder Onerirte (is a quo legatum s. fidei commissum relinquitur), nach neuerem Rechte möglicher Weise jeder, der aus dem Nachlasse etwas erworben hat.

Deferirt wird das Vermächtniß immer nur durch letztwillige Verfügung im Testament oder Kodizill, und Vertrag läßt das römische Recht hier so wenig wie bei der hereditas (§. 5) als Delationsgrund zu. Beim deferirten Vermächtnisse aber wird die Zeit des Anfalles, d. h. der Zeitpunkt, wo der Honorirte das Recht auf das Vermächtniß so erworben, daß er es auf seine Erben transmittiren kann (dies legati s. fid. comm. cedit s. cessit) und die Zeit des Erwerbes, d. h. der Zeitpunkt, wo er die Erfüllung des Vermächtnisses vom Onerirten fordern kann (dies legati s. fid. comm. venit) [2]), unterschieden.

---

2) Dig. tit. Quando dies legator. vel fid. comm. cedat 36, 2; Cod. eod. tit. 6, 53 (52).

§. 12.

Erfordernisse jeder Erbfolge.

Durch die Erbfolge soll die vermögensrechtliche Persönlichkeit eines Verstorbnen auf Lebende übergehen. Jede wahre Erbfolge erfordert daher

1) einen Todesfall,
2) einen Nachlaß, der die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen darstellt, und
3) eine Person, die zur Vertretung derselben fähig ist, d. h. einen Erbfolger.

Diese drei nothwendigen Erfordernisse sind im Folgenden näher zu betrachten.

§. 13.

Ein Todesfall.

Jede wahre Erbfolge erfordert also einen Todesfall oder eine ihm gleichstehende Verschollenheitserklärung, wodurch die physische Person als Rechtssubjekt unwiederbringlich ausscheidet: vivi non est hereditas [1]). Daher sind nicht wahre Erbfolgen:

1) die Universal-Successionen in das Vermögen Lebender, wie sie das altrömische Recht bei der bonorum venditio, Adrogation, in manum conventio und ex S. C. Claudiano kennt [2]);
2) die schon im Justinianischen Rechte antiquirte in iure

---

1) Pomp. L. 1. Dig. de hered. vel act. vend. 18, 4 und L. 27. Dig. de A. v. O. H. 29, 2. Die Erbschaft des Verschollenen kann daher denen, die zur Zeit der letzten Kunde vom jetzt Verschollenen seine nächsten Erben gewesen, gar nicht deferirt werden, sondern, da das Verschollenheitsdekret zurückwirkt, nur denen, die im Augenblicke des vom Verschollenen erreichten 70ten, 75sten u. s. w. Jahres ab intestato oder ex testamento zunächst zum Nachlasse berufen wären.

2) Gai. 3, 78—84; Inst. de adquis. per adrog. 3, 10 (11); de sucess. subl. quae fieb. per b. vend. 3, 12 (13).

cessio legitimae hereditatis nondum aditae, welche nach altem Rechte den Cessionar zum wirklichen heres machte[3];

3) das Recht des adrogirten impubes auf die quarta divi Pii, d. h. auf 1/4 vom Vermögen des ihn enterbenden oder sine iusta causa emancipirenden Adrogators[4]. Zur Verfolgung dieses Rechtes wird nur wegen der Aehnlichkeit mit dem Erbrechte utiliter das familiae herciscundae iudicium gegeben[5];

4) die Vermögenskonfiskationen, die nur hinsichtlich der obligatorischen Verhältnisse der Erbfolge analog behandelt werden (§. 18).

Dagegen geht auch gemeinrechtlich noch das Vermögen des freiwillig in ein Kloster Tretenden, ist er kinderlos, ipso iure auf das Kloster so über, wie wenn er gestorben wäre. Hat er Kinder, und diesen nicht schon vor seinem Eintritte so viel, als ihr Pflichttheil (§. 79) beträgt, zugewendet, so kann er auch noch nach seinem Eintritte zu Gunsten seiner Kinder verfügen, nur darf er das Pflichttheilsrecht derselben und das Recht des Klosters auf einen Kindestheil nicht verletzen. Stirbt er vor einer solchen Verfügung im Kloster, so erhalten seine Kinder den Pflichttheil, das Uebrige erhält das Kloster[6].

Bei der Beerbung eines wirklich Verstorbnen kommen aber gemeinrechtlich die römischen Ehebruchs- und In-

3) Gai. 2, 35. 3, 85; Ulp. 19, 12 sqq.

4) §. 3. Inst. de adopt. 1, 11.

5) Ulp. L. 2. §. 1. Dig. Fam. herc. 10, 2: „Si quarta ad aliquem ex constitutione divi Pii adrogatum deferatur, quia hic neque heres neque bonorum possessor fit, utile erit familiae herciscundae iudicium necessarium."

6) Nov. 5. cap. 5. und 123. cap. 38. (Auth. Ingressi und Si qua mulier hinter L. 13. Cod. de sacr. eccl. 1, 2).

cestesstrafen der Nov. 12. capp. 2. und 3, 117. cap. 13. und 127. cap. 4. nicht mehr in Betracht.

§. 14.

Ein Nachlaß.

Jede wahre Erbfolge erfordert ferner einen Nachlaß, der nun von Lebenden vertreten werden soll. Diesen Nachlaß machen aus

1) alle Korporalien nach denjenigen Rechten, mit Ausnahme der rein persönlichen, welche der Erblasser an ihnen gehabt hat [1];

2) alle Inkorporalien [2], d. h. Vermögensrechte und -pflichten des Erblassers mit Ausnahme der an seine Individualität gebundnen, also mit Ausnahme der Familien-, Amtsrechte und -pflichten, der eigentlichen Personalservituten [3]) und der rein persönlichen (z. B. Societät, Mandat, actiones vindictam spirantes u. s. w.) oder privilegiarischen Rechte und Pflichten [4];

3) die durch die hered. iacens (§. 2) herbeigeführten Vermögensvergrößerungen und -verringerungen [5].

Nicht aber gehört, wie man das durch die allgemeine

1) L. 19. pr. Dig. de H. P. 5, 3.

2) L. 18 §. 2 eod.

3) Die bei uns unpraktischen anomalen operae servorum sive animalium waren als legirte vererblich, wenn der Legatar nach des Testators Tode vor Fälligkeit der Dienste starb.

4) L. 196. Dig. de R. I. 50, 17, z. B. L. 4. §. 3. Dig. de censib. 50, 15; L. 6. Dig. de i. i. r. 4, 1.

5) L. 178. §. 1. Dig. de V. S. 50, 16. Die hereditas iacens hat wie die übrigen juristischen Personen utilitatis causa Besitz und setzt die vom Erblasser begonnene Usukapion fort (LL. 40, 43, 44. §. 3. Dig. de usurp. 41, 3). Der Erbe aber muß den Besitz, ist die Usukapion noch nicht vollendet, sich durch die Adprehension nutzbar machen (Iavol. L. 23. pr. Dig. de A. v. A. P. 41, 2). Ueber den scheinbaren Widerspruch Ulpian's in L. 1. §. 15. Dig. Si is qui test. liber. 47, 4, vgl. Böcking, Pand. I. S. 450. Note 8.

Regel: in universitatibus pretium in locum rei succedit et res in locum pretii auszudrücken pflegt, alles mit Nachlaßsachen Erworbne zum Nachlaß, sondern jene aus L. 22. Dig. de H. P. 5, 3. irrig abstrahirte Regel bezieht sich auf das S. C. Iuventianum [6]) und will nur sagen, jeder m. f. possessor von Erbschaftssachen müsse alle aus seinem Besitze gewonnenen Vortheile restituiren. Gegen das Allgemeine jener s. g. Regel sprechen schon Ulpian's Worte: Sed non omnia quae ex hereditaria pecunia comparata sunt, in hereditatis petitionem veniunt [7]).

Die oben angegebnen Vermögensbestandtheile machen nun nach dem Tode einer physischen Person ihren Nachlaß aus; um aber einen solchen zu haben, mußte sie nach römischem Civilrecht auch für sich vermögensfähig sein. Deßhalb wurde das castrense und quasi castrense peculium des Haussohnes anfangs nur, wenn er mit Hinterlassung eines Testaments gestorben war, Erbgut, sonst fiel es iure peculii an den Gewalthaber [8]). Als jedoch seit Konstantin den Kindern an den bonis maternis, seit Honorius auch an den bonis materni generis, seit Theodos II. und Valentinian auch an den lucris nuptialibus, seit Leo und Anthemius an den Brautgeschenken und durch Justinian's Verordnung LL. 6 und 8. Cod. de bonis quae liberis 6, 61 (60) endlich an allen bonis adventiciis Eigenthum zuerkannt wurde, erhielt der Vater neben den Erben nur lebenslänglichen Nießbrauch und succedirte auch schon vor der Nov.

---

6) L. 20. §§. 6 und 12. Dig. de H. P. 5, 3.

7) L. 20. §. 1. Dig. eod. Puchta, Vorlesgg. I. Beilage XVI. Die den Pupillen, Soldaten und Frauen gewährte utilis rei vindicatio ist privilegiarisch.

8) pr. Inst. Quib. non est perm. 2, 12; LL. 2, 17. Dig. de castr. pecul. 49, 17.

118 nur iure hereditario. Diese Nov. (§. 27) hat dann alle Adventizien der gewöhnlichen Erbfolge unterworfen.

§. 15.

Ein Erbfolger. Jede wahre Erbfolge erfordert endlich ein zur Vertretung der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbnen fähiges und berechtigtes Rechtssubjekt, einen Erbfolger, und dieser muß successionsfähig sein, d. h. die Fähigkeit haben, daß ihm die Erbschaft giltig deferirt wird, die Fähigkeit, welche die Römer mit Rücksicht auf die testamentarische Erbschaft testamenti factio cum testatore nennen [1]) (§. 38). Fehlt ihm diese Fähigkeit, so ist er successionsunfähig; ihm wird die Erbschaft gar nicht giltig deferirt [2]).

Das römische Recht erklärt nun von den physischen Personen für durchaus successionsunfähig

1) alle zur Zeit der Delation noch nicht Koncipirten [3]), und diese Successionsunfähigkeit gilt auch noch nach Nov. 118 unverändert [4]);

---

1) Ulp. 22, 1: „Heredes instilui possunt qui testamenti factionem cum testatore habent.“

2) Daher ist von der Successionsunfähigkeit sehr wol zu unterscheiden die Inkapacität und Indignität. Incapax ist derjenige, qui capere non potest (Ulp. 22, 3), d. h. wer die ihm giltig deferirte Erbschaft nicht erwerben, indignus derjenige, der die ihm giltig deferirte Erschaft nicht behalten kann, weil sie ihm quasi ut indigno aufertur (§. 115), beide sind also an sich successionsfähig.

3) LL. 6—8. pr. Dig. de suis et leg. 38, 16; L. 10. Dig. de ventre 37, 9; L. 30, 1. Dig. de A. v. O. H. 29, 2; §. 8. Inst. de hered. quae ab int. 3, 1. Gegen diesen schon im Begriffe der Rechtssubjektivität liegenden Grundsatz ist auch nicht Paul. L. 47. §. 3. Dig. de bon. lib. 38, 2, der nur von der Succession in den dem Enkel bei seinen Lebzeiten deferirten Nachlaß des libertus avitus, nicht von der Succession in den Nachlaß des avus redet.

4) Die Nov. 118 hat wol die Erbfolge-Ordnung der Ver-

2) die Peregrinen wegen Mangels des commercium[5]). Aber diese Successionsunfähigkeit ist mit dem römischen Begriffe des commercium fortgefallen; die Fremden sind, obgleich ihnen die Friedericianische Authent. Omnes peregrini (hinter L. 10. Cod. Communia de success. 6, 59) nur freien Aufenthalt und Testirungsfähigkeit sichert und der Erwerb der ihnen deferirten Erbschaft vielfach durch Erbschaftssteuer oder Abschoß beschränkt ist, bei uns successionsfähig;

3) die zu einer Kapitalstrafe Verurtheilten, die servi poenae, wegen ihrer maxima cap. dim.[6]). Diese Successionsunfähigkeit ist mit der servitus poenae bei uns fortgefallen;

4) die Apostaten und Häretiker als turpes personae [7]). Auch diese Successionsunfähigkeit ist, da Apostasie und Häresie im römischen Sinne des Wortes nicht mehr vorkommen kann, und Aenderung des reli-

---

wandten, nicht aber die bisher gesetzlich bestandnen Grundsätze über die Verwandtschaft geändert und in L. 34. Cod. de inoff. test. 3, 28, in der manche eine Aufhebung dieser Successionsunfähigkeit sehen, giebt Justinian das dort erwähnte beneficium ausdrücklich nur für den nepotem vel vivum vel in ventre nurus suae constitutum. Vgl. Thibaut, Civilistische Abhandlungen 2, Büchel, Streitfragen aus Nov. 118, I, andrer Meinung Glück, Intestaterbfolge, 2. Aufl. S. 383 ff., Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht S. 300 f.; Löbenstern in Ztschr. für Civilrecht und Prozeß (Gießen) Bd. IX. S. 215 ff.

5) Ulp. 22, 2. Gai. 2, 110 und 285.

6) L. 17. pr. Dig. de poen. 48, 19; L. 3. pr. und §. 1. Dig. de his quae pro non scr. 34, 8; L. 13. pr. Dig. de B. P. 37, 1; L. 1. Cod. de her. inst. 6, 24.

7) L. 5. Cod. de haer. et Manich. 1, 5 (L. 65. Th. Cod. de haer. 16, 5). L. 3. Cod. de apost. 1, 7 (L. 4. Th. Cod. eod. tit. 16, 7) Nov. 115. cap. 3. §. 14.

giösen Bekenntnisses nicht als Verbrechen gilt, antiquirt;

5) die Söhne und Töchter des Hochverräthers[8]), jedoch erhalten die Töchter aus dem mütterlichen Nachlasse zusammen die Falcidische Quart (§. 132)[9]); gleichfalls fortgefallen durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht;

6) die zur Succession in den Nachlaß des Pupillen ab intestato oder durch Substitution berufnen Personen, welche die ihnen obliegende tutoris petitio binnen Jahresfrist versäumen[10]). Diese Successionsunfähigkeit gilt nach der richtigeren Meinung auch noch bei uns, da sie nirgendwo ausdrücklich aufgehoben ist und auf eine stillschweigende Beseitigung der Strafe für versäumte tutoris petitio daraus nicht geschlossen werden kann, daß Nov. 115. cap. 4. dieses Versäumniß nicht als Enterbungsgrund aufgeführt ist[11]);

7) die Geschwister für den Fall, daß sie dem Leben

---

8) Arcad. L. 5. Cod. ad leg. Iul. maiest. 9, 8 (L. 3. Th. Cod. ad leg. Corn. de sicar. 9, 14).

9) L. 5. §. 3. Cod. eod. „Falcidiam tantum ex bonis matris — volumus pervenire", also 1/4; siehe dagegen Mühl-Glück, Kommentar Bd. 39 S. 245 f.

10) Die ursprünglich ex epistola Severi (Ulp. L. 2. §. 23. Dig. ad. S. C. Tertull. 38, 17) nur der Mutter des Pupillen zur Pflicht gemachte und im Falle des Versäumnisses mit Verlust des Intestaterbrechtes bestrafte tutoris petitio dehnten Theodos II. und Valentinian auf alle oben genannten Personen aus und setzten als Strafe Ausschluß von jeder Beerbung des intra pubertatem gestorbnen Pupillen fest (Nov. Theod. II. tit. 11 pr. ed. Haenel. pag. 44 sq.) und diese Bestimmung hat Justinian aufgenommen: §. 6. Inst. de S. C. Tertull. 3, 3 cf. LL. 2. §. 2, 4. Dig. Qui pet. tutor. 26, 6. Vgl. Rudorff, Vormundschaft I. S. 419 ff.

11) Glück, Komment. Bd. XXX. S. 134 ff.

des Erblassers nachstellen, ihn in Kriminalanklage bringen oder Pläne gegen das Vermögen desselben schmieden. Dann nämlich entzieht ihnen Nov. 22. cap. 47. pr. die Intestaterbfolgefähigkeit. Auch diese Successionsunfähigkeit besteht noch.

Nur beschränkt dagegen hat das römische Recht die Successionsfähigkeit der das Trauerjahr verletzenden Wittwe dadurch, daß diese ab intestato ihre Verwandten nur bis zum dritten Grade, testamentarisch niemanden beerben kann [12]). Daß aber diese Beschränkung nicht mehr gilt, nachdem das kanonische Recht [13]) die Infamie für diesen Fall aufgehoben hat, darin sind alle einig.

Die juristischen Personen haben nur so weit Successionsfähigkeit, als sie ihnen vom positiven Recht beigelegt ist, jetzt allgemein die Stadtgemeinden, Kirchen und milden Stiftungen (§. 39, 2 b) [14]).

Die Successionsfähigkeit muß nun, um die Erbfolge wirksam zu machen, bei der Intestatsuccession vom Momente der Delation an ununterbrochen bis zur Zeit der geschehnen Adquisition, bei der testamentarischen Succession außerdem auch zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden sein, jedoch hindert im letzeren Falle die nach der Testamentserrichtung eingetretne, vor der Delation aber

---

12) L. 1. Cod. de secund. nupt. 5, 9, bestätigt in Nov. 22. cap. 22.

13) Capp. 4, 5. X. de secund. nupt. 4, 21.

14) Diocl. et Max. L. 8. Cod. de her. inst. 6, 24; Const. L. 1. Cod. de sacros. eccl. 1, 2; Iustin. L. 49. pr. Cod. de episc. 1, 3; Leo L. 12. Cod. de her. inst. Das Reskript Karakalla's in L. 1. Cod. de Iud. 1, 9, welches der Antiochienſischen Judengemeinde aus politischen Gründen die Successionsfähigkeit nicht gewährt, hat für uns nur noch historische Bedeutung, vgl. Mühl=Glück, Komment. Bd. 39. S. 252 ff. und Dirksen, Civilistische Abhandlungen Bd. II. S. 142.

wieder gehobne Successionsunfähigkeit den Erwerb der Erbschaft nicht, „media tempora non nocent“ [15]). Bei der indirekten Succession muß die Erbfähigkeit zur Zeit der Errichtung des Testaments und zur Zeit, wo dies legati cedit (§. 11), vorhanden sein.

§. 16.

Erbloses Gut.

Ist gar kein direkter Successor da, weder ein heres noch ein bonorum possessor, weder ein Intestat- noch ein Testamentserbe (auch nicht ein zur Succession kommender Verpfleger eines furiosus), so heißt das hinterlassene Vermögen **erbloses Gut**, bona vacantia [1]). Diese Vakantien konnten zur Zeit der Republik von jedem pro herede usukapirt werden, aber seit der lex Iulia caducaria fielen sie dem Aerarium [2]), seit Karakalla dem Fiskus [3]) zu, der sie zum Zwecke der Inkorporation [4]) vindicirte. Jedoch schon früh räumten die Kaiser gewissen Korporationen auf die Vakantien ihrer Mitglieder ein Vorrecht vor dem Fiskus ein; zuerst Konstantin den Kurien und dem collegium naviculariorum auf die Vakantien ihrer Mitglie-

---

15) §. 4. Inst. de hered. qual. 2, 19; Ulp. L. 6. §. 2. Dig. de hered. inst. 28, 5.

1) LL. 1. pr. und 2. Dig. de success. ed. 38, 9; L. 4. Cod. h. t. 10, 10; auch caduca im weitern Sinne L. ult. Theod. Cod. h. t. 10, 8; L. 2. Th. Cod. de incorpor. 10, 9; LL. 11, 12, 20. Th. Cod. de petition. 10, 10. Vgl. zum Folgenden Glück, Intestaterbfolge S. 753 ff.; Schröter, Zur Lehre von den bona vac. in Ztschr. für Civilrecht und Prozeß (Gießen) Bd. 10. S. 89 ff.; Heimbach in Weiske's Rechtslex. v. Erbloses Gut Bd. 3. S. 939 ff., Blume im Rh. Mus. für Jrpdz. Bd. 4. S. 212 ff.

2) Gai. 2, 150; Ulp. 28, 7.

3) Ulp. 17, 2.

4) Theod. Cod. h. t. 10, 9; LL. 3, 5. Iust. Cod. h. t. 10, 10.

der [5]), dann Konstantius nach dem Vorgange Hadrian's den Legionen und Vexillationen auf die Vakantien ihrer Soldaten und den cohortales auf die der übrigen cohortales [6]), Theodos II. und Valentinian III. dem collegium fabricensium auf die Vakantien der Genossen und den Kirchen und Klöstern auf die Vakantien der bei ihnen angestellten Geistlichen und der ihnen angehörigen Mönche und Nonnen [7]). Außerdem gab Konstantin noch dem liberalitatis imperialis socius, d. h. dem gemeinsam mit einem Andern vom Kaiser Beschenkten auf dessen Antheil am Geschenke, wenn er ohne Erben gestorben war, ein Vorzugsrecht vor dem Fiskus [8]). Diese privilegiarischen Vorrechte gelten im Justinianischen Rechte unverändert, das gemeine Recht aber kennt nach Antiquirung des Dekurionats und der übrigen national römischen Korporationen nur noch das Vorrecht der Heeresabtheilung, bei der ein Soldat gestanden, der Kirchen und Klöster und des liberalitatis imper. socius auf die Vakantien der betreffenden Personen. Die Praxis hat jedoch das Vorrecht der Kirchen und Klöster, obwol gegen die Natur dieser Privilegien, vielfach auch den Hospitälern, Armen- und Waisenhäusern und andern milden Stiftungen auf die Va-

5) L. 1. Theod. Cod. de bon. decur. 5. 2. (a. 319) und L. 1. Iust. Cod. Quando et quib. quarta pars 10, 34 (a. 428).

6) L. 6. §. 7. Dig. de iniusto 28, 3; L. un. Theod. Cod. de bon. mil. 5, 4 (= L. 2. Iust. Cod. de hered. decur. 6, 62. a. 374) und L. 3. Iust. Cod. eod. (a. 349).

7) L. 5. Iust. Cod. eod. (a. 438) und L. un. Theod. Cod. de bon. cleric. 5, 3 (= L. 20. Iust. Cod. de episc. et cler. 1, 3. a. 434).

8) L. un. Iust. Cod. h. t. 10, 14 (L. 1. Theod. Cod. eod. tit. 10, 14. a. 315). Manche lassen hier den socius schon zu, sobald er ohne Testament und ohne Kinder gestorben ist, aber das „nullo herede relicto“ geht auf alle successionsfähigen Erbfolger und gewährt daher nur einen Vorzug vor dem Fiskus.

kantien ihrer Beneficiaten, ja sogar den Universitäten und Akademieen auf die Vakantien ihrer Professoren und Akademiker beigelegt, so daß in praxi zuweilen auch diese dem Fiskus in Betreff der Vakantien vorgehen.

§. 17.

Natur dieses Rechts auf die Vakantien.

Fragt es sich nun, wie der Fiskus und die vor ihm berechtigten juristischen Personen in die Vakantien eintreten, ob als Singular- oder als Universalsuccessoren, und wenn Letzteres, ob als wirkliche Erben oder nach Analogie solcher, so ist diese Frage von jeher verschieden beantwortet. Die Einen lassen den Fiskus und die vor ihm Berechtigten nur als bevorzugte Okkupanten auf die einzelnen Vermögensstücke, somit als bloße Singularsuccessoren auf das nach Abzug der Schulden übrig bleibende Vermögen zu, während die Andern jene als Universalsuccessoren behandeln, welche in die ganze Gesammtheit des Nachlasses, in die Forderungen und Schulden desselben eintreten. Erwägt man:

1) daß nach ausdrücklicher Bestätigung der Quellen der Gegenstand der Succession des Fiskus die universitas bonorum quae defunctus habuit, also derselbe ist wie der der hereditas und bonorum possessio [1];
2) daß der Fiskus nicht nur in die Korporalien [2], sondern auch in die Forderungen [3]) und Schulden des Nachlasses succedirt, wenn er die Vakantien nach ge-

1) L. 3. Dig. de B. P. 37, 1. und L. 1. pr. Dig. de success. edict. 38, 9.

2) Darauf müßte doch die Okkupation beschränkt sein.

3) Und eine Singularsuccession in die Obligation erkennt das römische Recht als gegen den Begriff der Obligation gehend nicht an.

schehner Delation durch die Inkorporation erworben und sie nicht wegen Insolvenz ausgeschlagen hat [4]);

3) daß er also **ohne** das auch ihm zuständige beneficium inventarii [5]) für die Nachlaßschulden nicht nur auf den Betrag der Masse, sondern auf ihren ganzen Betrag haftet, so lange er die Vakantien nicht verkauft hat [6]);

4) daß er sowol die Singularvermächtnisse wie die Universal-Fideikommisse schlechthin zu zahlen, für jene jedoch die Falcidische (§. 132), für diese die Trebellianische Quart (§. 141), aber auch ex S. C. Pegasiano die Verpflichtung zum Antritt der fideikommissarischen Erbschaft hat [7]);

5) daß er zur Geltendmachung seines Rechtes die (utilis) hereditatis petitio, also eine de **universitate** proposita actio hat [8]);

6) daß endlich derjenige, welcher die Vakantien vom Fiskus

---

4) Früher fielen dem Fiskus die Vakantien **ipso iure** zu, später erklärte ein Edikt, daß über insolvente Güter der Konkurs eröffnet werden sollte, und seitdem wurden dem Fiskus die Vakantien **deferirt**, damit er sie agnoscire und inkorporire oder ausschlage. Daraus erklärten sich Callistr. L. 1. §. 1. Dig. de I. F. 49, 14. Ulp. L. 6. §. 3. Dig. ad S. C. Trebell. 36, 1 und L. 4. §§. 17 und 20. Dig. de fideicomm. lib. 40, 5; §. 14. Frgm. de iure fisc. vgl. Gai. 3, 78. Dagegen Blume loc. cit. S. 216.

5) Die Beziehung der l. 3. Cod. h. t. 10, 10 auf das erst durch Justinian gegebene beneficium inv. ist unmöglich, aber nach Analogie der Erben steht es auch wol dem Fiskus zu.

6) Vgl. Note 4 und L. 18. §. 1. Dig. de his quae ut indign. 34, 9.

7) Ulp. 17, 3; Marcian. L. 2. §. 1. Dig. de alim. leg. 34, 1; Iul. L. 96. §. 1. Dig. de leg. I°.; Ulp. LL. 3. §. 5, 6. §. 3. Dig. ad S. C. Trebell. 36, 1 (nicht auf caduca im **engern** Sinne und ereptoria zu beschränken), Iustin. L. un. Cod. de caduc. toll. 6, 51 und Nov. 1. cap. 1. §§. 1 und 3.

8) Ulp. L. 20. §. 7. Dig. de H. P. 5, 3; L. 1. pr. Cod. de H. P. 3, 31; L. 1. Cod. de bon. vac. 10, 10.

kauft, in universa bona succedirt, die Nachlaß-obligationes et actiones utiliter auf und gegen ihn übergehen[9]): so muß man wol den Fiskus für einen Universalsuccessor auf die Vakantien und deßhalb, ohne Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien, nur den fiscus domicilii, nicht rei sitae für berechtigt erklären. Aber wenn auch Universalsuccessor, so ist der Fiskus auf die Vakantien doch weder heres noch bonorum possessor, wie das nicht bloß aus denjenigen Stellen folgt, welche für den Begriff der Vakantien gerade die Nichtexistenz eines heres und bonorum possessor fordern [10]), sondern auch daraus, daß das alte Recht juristische Personen als heredes und bonor. possessores nicht zuließ (§. 39). Man muß ihn vielmehr zu den neben den heredes und bonor. possessores aufgeführten „alii iusti successores“ [11]) rechnen, da er nach Analogie eines prätorischen Erben durch Agnition sich die utilis hereditatis petitio und seine Klagen gegen die Schuldner als utiles actiones erwirbt und sich utiliter belangen lassen muß. Sein Recht auf die Vakantien muß aber der Fiskus intra quadriennium continuum [12]), gerechnet vom ersten Momente der ermöglichten Vindikation an [13]), geltend machen,

9) LL. 13. §. 9, 54. pr. Dig. de H. P.; L. 41. Dig. de I. F. 49, 14; L. 1. Cod. de hered. vel act. vend. 4, 39. Daß gegen die allgemeine Regel (L. 2. Cod. eod. 4, 39) nach dem Verkaufe nur der Käufer, nicht der Fiskus den Gläubigern haftet, hängt vielleicht (siehe v. Schröter loc. cit. S. 134) mit der nur theilweisen Inkorporation für diesen Fall zusammen und kann gegen die Qualität des Fiskus als Universalsuccessor wol nichts beweisen; vgl. auch Kämmerer in Ztschr. für Civilrecht und Prozeß (Gießen) Bd. 11. S. 346 ff.

10) Ulp. 28, 7 und LL. 1. pr. 2. Dig. de success. ed. 38, 9; L. 1. §. 2. Dig. de I. F. 49, 14; L. 1. Cod. h. t. 10, 10.

11) Gai. 3, 78 und 2, 98.

12) L. 1. Cod. de quadr. praesc. 7, 37; L. 10. Dig. de divers. tempor. praesc. 44, 3; L. 1. §. 2. Dig. de I. F. 49, 14.

13) Also von dem Momente an, wo gewiß ist, daß die bona wirklich vacantia sind, mögen sie dem Fiskus nunciirt sein oder nicht.

sonst erwerben nach Ablauf der vier Jahre die pro herede vel pro possessore Besitzenden das Eigenthum der Vakantien [14]). Schlägt der Fiskus die Vakantien aus, so tritt gemeinrechtlich nach Antiquirung der addictio libertatium conservandarum causa [15]) das gewöhnliche Konkursverfahren über sie ein. Was vom Rechte des Fiskus, das gilt in Bezug auf die Vakantien auch von den ihm vorgezogenen juristischen Personen, nur daß sie sich nicht wie der Fiskus durch Verkauf der Vakantien von den Ansprüchen der Gläubiger befreien können und auf sie die quadriennii praescriptio keine Anwendung findet. Der liberalitatis imperialis socius dagegen ist auf die andere pars des Geschenkes bloßer Singularsuccessor.

§. 18.

Konfiscirtes Gut.

Endlich kann das Gut, wenn es nicht bonum vacans ist, zu konfiscirendes, d. h. vom Fiskus zur Strafe ganz oder theilweise einzuziehendes sein [1]). Solch konfiscirtes Gut fällt dem Fiskus mit der Verpflichtung, die darauf haftenden Schulden ganz oder nach dem auf ihn kommenden Antheil zu zahlen [2]), der Regel nach

Andrer Meinung wegen §. 9. Inst. de usucap. 2, 6 und der L. 10. cit. §. 1. Dig. de divers. tempor. Glück, Intestaterbfolge S. 776.

14) Als reine Klagenverjährung gegen die hereditatis petitio des Fiskus wirkt sie nicht für diejenigen, welche aus den Vakantien etwas auf einen singulären Titel hin erworben haben; diese bedürfen der gewöhnlichen Usukapion.

15) Inst. h. t. 3, 11 (12).

1) Die Konfiskation, welche nach römischem Recht stillschweigend als Folge jeder Verurtheilung zu einer Kapitalstrafe eintrat (L. 1. pr. Dig. de bon. damnat. 48, 20), tritt, nachdem die Karolina Art. 218 jede stillschweigende Konfiskation aufgehoben, gemeinrechtlich nur in denjenigen Fällen ein, in denen sie ausdrücklich als Strafe verhängt ist.

2) L. 2. Cod. ad leg. Iul. de vi 9, 12; L. 5. Cod. de bon. proscr. 9, 49.

von der Zeit der Kondemnation, ausnahmsweise[3]) beim crimen maiestatis und repetundarum, von der Zeit der Anklage an zu, so daß alle durch den Kondemnirten nach (nicht vor) begangnem Verbrechen gemachten Schenkungen und die Veräußerungen in fraudem fisci nichtig sind [4]). Bei der Konfiskation aber sollen weder die Rechte auf dos und propter nuptias donatio geschmälert [5]), noch soll dem Sohne das peculium castrense und profecticium genommen [6]), und den Kindern und Enkeln des Verurtheilten soll mit einziger Ausnahme des verurtheilten Majestätsverbrechers seit Theodos II. und Valentinian III. die Hälfte des Vermögens gelassen werden [7]). Ja Justinian zieht Nov. 134. cap. 13. bei Konfiskationen mit Ausnahme der Verurtheilung wegen crimen maiestatis die Descendenten und Ascendenten des Kondemnirten bis zum dritten Grade sogar dem Fiskus vor. Die Konfiskation erstreckt sich jedoch an sich nur auf dasjenige Vermögen, welches der Verurtheilte zur Zeit der Kondemnation hatte, und deshalb kann er auch nach vollstrecktem Urtheile noch Vermögen erwerben und über dasselbe letztwillig verfügen [8]). Wird er in integrum restituirt und ihm aus besondrer Begünstigung sein Vermögen zurückgegeben, so muß er auch die dasselbe be-

3) Mod. L. 20. Dig. de accus. 48, 2.

4) §. 19. frgm. de iure fisci.

5) Arcad. et Honor. L. 9. Cod. de bon. proscr. 9, 49.

6) L. 3. Cod. eod. und L. 3. §. 4. i. f. Dig. de minor. 4, 4.

7) L. 10. Cod. tit. cit.

8) So konnten die Deportirten, die bloß die Civität, nicht wie die poenae servi auch die Freiheit, verloren, Vermögen wieder erwerben, aber freilich als non cives über dasselbe weder testiren noch darauf ab intestato beerbt werden (L. 2. Cod. tit. cit.; L. 7. §. 5. Dig. de bon. damnator. 48, 20). Gemeinrechtlich dagegen, wo die Civität nicht mehr in Betracht kommt, können die mit Konfiskation Bestraften über das später erworbne Vermögen gewiß auch testiren (vgl. §. 39 a. E.).

lastenden Schulden wieder übernehmen [9]). Daß aber dieses Recht des Fiskus auf das zur Bestrafung ihm zufallende Gut nicht wirkliches Erbrecht, der Fiskus darauf nicht wahrer successor ist, folgt schon daraus, daß die Konfiskation auch das Vermögen Lebender trifft (§. 13). Die Konfiskation ist vielmehr Ausfluß der Statshoheit, der die Strafgewalt zusteht, und gehört, so betrachtet, gar nicht dem Privatrechte an.

§. 19.

Anordnung des Folgenden.

Nachdem in dem Bisherigen die nöthigen Vorbegriffe und Voraussetzungen des Erbrechts erklärt sind, soll nun im ersten Theile die direkte, im zweiten die indirekte Succession und bei beiden in getrennten Kapiteln zuerst die Delation, dann die Adquisition dargestellt werden. Da nun die direkte Erbschaft nach römischem Rechte entweder durch Gesetz oder Testament deferirt wird, so ist zuerst die Intestaterbfolge als die allgemeine, dann die testamentarische Erbfolge als die besondere darzustellen. Bei der Intestaterbfolge aber fragt es sich zunächst nach den Successions**gründen**, d. h. darnach, **wen** das Gesetz zur Erbfolge berufe, dann nach der Successions**ordnung**, d. h. darnach, in welcher Reihenfolge die gesetzlich Berufnen eintreten. Daher zuerst die Successions**gründe**, dann die Successions**ordnung** anzugeben sind, und da das römische Recht als Successionsgründe der legitima hereditas nur Verwandtschaft oder Ehe mit dem Erblasser kennt, und hinsichtlich der Successionsordnung die **regelmäßige** der Verwandten von der vielfach abweichenden, **außerordentlichen** der Ehegatten, der armen, undotirten Witwe und der Konkubinenkinder unterscheidet, so ergiebt sich daraus die Anordnung unsrer Darstellung von selbst.

---

9) L. 12. Cod. de sentent. passis 9, 51.

Erster Theil.

Die direkte Erbfolge.

Erstes Kapitel: Delation der direkten Erbfolge.

Erster Abschnitt: Intestaterbfolge.

I. Successionsgründe.

A. Verwandtschaft.

§. 20.

Vorjustinianisches Recht.

Das alte civile Intestaterbrecht der zwölf Tafeln, das sich ganz auf die national römische Gestaltung der familia und gens gründete, erkannte nur die agnatische Verwandtschaft, die cognatio iuris civilis, als Successionsgrund an und berief daher zur Intestaterbfolge

1) die sui, ae heredes des Erblassers (§. 4), nati, ae wie postumi, ae ohne Rücksicht auf Gradesnähe;
2) in Ermanglung solcher denjenigen Agnaten, welcher zur Zeit, wo gewiß war, daß der Erblasser als intestatus gestorben, der dem Grade nach nächste war, gleichnahe Agnaten zusammen, adgnatae aber nicht ultra gradum consanguinearum;
3) endlich — denn in legitimis hereditatibus successio non erat (§. 6) — wenn kein Agnat des berufnen nächsten Grades succedirte, die Gentilen des Erblassers [1]).

---

1) Si intestato moritur cui suus heres nec escit, adgnatus pro-

Von dieser streng agnatischen Erbfolge waren also die aus dem Agnationsverbande durch capitis diminutio ausgetretnen emancipirten Kinder, ferner die Mutter, wenn sie nicht durch in manum conventio Agnatin ihrer Kinder war, diesen und die Kinder der Mutter gegenüber, die Descendenten der Töchter u. s. w. und alle weiblichen Seitenverwandten mit Ausnahme der consanguineae ausgeschlossen. Dieses Agnationsprinzip aber durchbrach zuerst der Prätor durch die Zulassung der emancipirten Kinder und Kognaten zur intestati B. P. (§. 7). Dann gab ein S. C. Tertullianum[2]) unter Hadrian 158. p. Chr. der selbst nach prätorischem Rechte, wenn sie nicht durch in manum conventio Agnatin ihrer Kinder war, erst in der dritten Klasse der intestati B. P. berücksichtigten Mutter als solcher, als Kognatin ihrer Kinder Intestaterbrecht am Nachlasse derselben, ehelichen wie unehelichen, gleich hinter den leiblichen oder adoptirten Descendenten, dem leiblichen Vater und den fratres consanguinei[3]) des Kindes, wenn sie nur als ingenua das ius trium,. als libertina das ius quatuor liberorum hatte, so daß durch dieses civilrechtlich anerkannte Erbrecht die Mutter von der dritten Klasse der intestati B.

---

ximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentilis familiam nancitor", vgl. Gothofr. Fontes iur. civ. pag. 82 sqq. Dirksen, Uebersicht u. s. w. S. 343 ff. — Gai. 3, 1—38; Ulp. 26; Paul. S. R. IV, 8; Collat. tit. 16. cap. 2; Inst. de hered. quae ab int. 3, 1 und de leg. adgnator. succ. 3, 2; Dig. de suis de leg. her. 38, 16; Cod. eod. tit. 6, 55 (54) und 58 sq. (57 sq.).

2) Paul. S. R. IV, 9; Inst. h. t. 3, 3; Dig. h. t. 38, 17; Cod. h. t. 6, 56 (55). Restitutionsversuch von Ranchinus bei Glück, Intestaterbfolge 2. Aufl. S. 253 f.

3) Neben agnatischen Schwestern als alleinigen Erben sollte der Mutter vor allen übrigen Agnaten die eine Hälfte des Nachlasses zufallen (§. 3. Inst. h. t. und dazu Theoph. Paraphr. Nov. 22. cap. 47. §. 2).

P. nun in die zweite (§. 7) rückte. Dieser Erbberechtigung entsprechend gewährte dann zwanzig Jahre später ein S. C. Orfitianum [4]) unter Mark Aurel den ehelichen wie unehelichen Kindern des ersten Grades (nicht auch den Enkeln und Enkelinnen) als Kognaten ein Intestaterbrecht am Nachlasse ihrer Mutter vor allen Agnaten derselben, so daß nun die Söhne und Töchter, die bisher ohne in manum conventio ihrer Mutter nur die intestati B. P. Unde cognati erbitten konnten, den Nachlaßbesitz vor allen andern agnosciren konnten [5]). So war für die grade Linie der Verwandtschaft schon die Kognation anerkannt und daher konsequent, daß die durch jene beiden S. C. gegebnen Intestaterbberechtigungen durch capitis diminutio nicht untergingen. Aber das volle Erbrecht der Mutter blieb noch immer von dem ius liberorum abhängig und das der Kinder dem mütterlichen Nachlasse gegenüber auf die Descendenten des ersten Grades beschränkt, obgleich Konstantin [6]) und ebenso Theodos und Valentinian [7]) der Mutter auch ohne das ius liberorum einen theilweisen Intestaterbrechts-Anspruch zusicherten und Valentinian, Theodosius und Arkadius [8]) auch den Enkeln am Nachlasse ihrer Großmutter eine theilweise Erbberechtigung gaben. Erst Justinian [9])

---

4) Ulp. 26, 7; Paul. S. R. IV, 10; Inst. h. t. 3, 4; Dig. h. t. 38, 17; Cod. h. t. 6, 57 (56). Restitutionsversuch von Ranchinus bei Glück loc. cit. S. 271.

5) Da eine B. P. Unde liberi bei der Mutter nicht vorkommen konnte.

6) L. 1. Theod. Cod. de legit. hered. 5, 1 (a. 321).

7) L. 7. Th. Cod. eod. (a. 426).

8) L. 4. Th. Cod. eod. (a. 389, vgl. Glück, loc. cit. S. 275 ff. L. 9. Iust. Cod. de suis 6, 55).

9) L. 2. Iust. Cod. de iure liber. 8, 59 (a. 528). Justinian gab der Mutter L. 7. Cod. h. t. 6, 56 in demselben Jahre auch neben den Brüdern Erbanspruch auf einen Kopftheil und änderte

befreite das volle Intestaterbrecht der Mutter ganz von dem ius liberorum und machte auch das Erbrecht der Enkel, Enkelinnen u. s. w. in den großmütterlichen u. s. w. Nachlaß zu einem vollen [10]. Und als nun auch für die Adventizien der Kinder durch die Verordnungen der christlichen Kaiser (§. 14 a. E.) die Intestaterbberechtigung ihrer Descendenten und in Ermanglung solcher die ihrer Geschwister unter Konkurrenz der Mutter anerkannt und dem Vater nur lebenslänglicher Nießbrauch gesichert wurde [11], so war für die Intestaterbfolge in der De- und Ascendenz auch schon vor Nov. 118. die Kognation gegen die frühere Agnation durchgedrungen.

Auch in der Intestaterbfolge der Seitenverwandten trat die Kognation immer mehr in den Vordergrund. Anastasius nämlich gab den emancipirten und nichtemancipirten Geschwistern ein gegenseitiges Erbrecht, ließ beide neben einander vor den entfernteren Agnaten als Erben zu und berief die emancipirten Geschwister neben nichtemancipirten auf die Hälfte der Intestatportion dieser Letzteren [12]. Diese Anastasianische Bestimmung erweiterte dann Justinian, nachdem er Schwester- und Bruderkinder in Bezug auf ihre Erbberechtigung gleichgestellt hatte [13], dahin, daß emancipirte und nichtemancipirte Geschwister einander ohne jede Verminderung ihrer Erbportion und auch die Söhne

---

Nov. 22. cap. 47. §. 2. acht Jahre später die alte Note 3 angegebne, auch noch in den Institutionen befindliche Bestimmung dahin ab, daß die Mutter auch neben Schwestern allein in capila theilen solle.

10) L. 12. Cod. eod. (a. 528) und Nov. 18. cap. 4 (a. 535).

11) Iustin. L. 6. Cod. de bon. quae lib. 6, 61.

12) §. 1. Inst. de succ. cogn. 3, 5 und dazu Theoph. Paraphr.; L. 4. Cod. de leg. tut. 5, 30 (cf. L. 11. Cod. de leg. her. 6, 58).

13) L. 14. §. 1. Cod. de leg. her. 6, 58.

und Töchter jener mit den Kindern dieser zu gleichem Rechte succediren sollten [14]). Gleichzeitig stellte er die uterini den consanguinei (aber nicht, wie aus Note 16 hervorgeht, den ex utroque parente coniuncti, den vollbürtigen Geschwistern) gleich [15]), so daß beide allen entfernteren Agnaten vorgehen sollten; nur den vollbürtigen Geschwistern wurde ein Vorzug vor den halbbürtigen zuerkannt, so daß jene diese ganz ausschließen [16]). Eine nothwendige Konsequenz der so überall anerkannten Kognation war es denn, daß Justinian nun auch für die agnatische Erbfolge, für die als legitimi Berufnen, eine successio graduum einführte, wie sie bisher in der intestati B. P. Unde cognati (§. 7) gegolten hatte [17]).

§. 21.

Justinianisches und gemeines Recht.

Auf Grund dieser Entwicklung gestaltete nun Justinian im Jahre 543 durch Nov. 118, zu der Nov. 127. cap. 1. vom Jahre 547 nur ein Nachtrag ist, die bisher geltende Intestaterbfolge gänzlich um und setzte unter Beseitigung dieser [1]), unter Beseitigung des alten agnatischen Rechts [2]) eine neue sich lediglich auf die Kognation gründende Intestaterbfolge fest, bei der als rein kognatischen weder auf den

---

14) L. 15. Cod. eod. (a. 534).

15) L. 15. §. 2. Cod. eod.

16) Nov. 84. §§. 1, 2; vgl. Glück, Intestaterbf. 2. Aufl. S. 423 ff.

17) §. 7. Inst. de leg. agnat. succ. 3, 2; L. 4. Cod. de bon. libert. 6, 4.

1) Nov. 118. praef.: „prioribus legibus pro hac causa positis vacantibus de cetero ea sola servari, quae nunc constituimus".

2) Eod. cap. 4: „in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus".

Unterschied des Geschlechts, noch auf patria potestas, noch auf minima capitis diminutio Rücksicht genommen und auch keine Beschränkung auf einen bestimmten Grad anerkannt ist [3]). Diese Nov. bildet die Grundlage der gemeinrechtlichen Intestaterbfolge. Nach ihr sind die weiblichen wie männlichen, die emancipirten wie nichtemancipirten, wenn auch noch so entfernten Kognaten des Erblassers und zwar nicht mehr wie nach den zwölf Tafeln als sui, legitimi, gentiles, nicht mehr wie nach prätorischem Recht als liberi, legitimi, cognati, sondern als Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandte berufen. Die Nov. 118. ordnet aber nur die Intestaterbfolge der leiblichen Blutsverwandten neu, an dem bisher geltenden Erbrechte der Adoptivverwandten hat sie nichts geändert, und auf die Ehe als Successionsgrund erstreckt sie sich ebenso wenig.

§. 22.

Leibliche Verwandtschaft.

Die leiblichen Verwandten succediren nach Nov. 118. lediglich als Kognaten, daher ohne Rücksicht auf Geschlecht, väterliche Gewalt und eheliche oder uneheliche Geburt. Ueber die Kognation selbst gelten die allgemeinen Grundsätze, an denen die Nov. nichts geändert hat (§. 15 Note 4), so daß nach römischem [1]) Recht die legimirten Kinder, nach gemeinem Recht die Kinder aus einer Putativehe [2]) und nach der Praxis auch die Brautkinder [3]) den ehelichen Descendenten als Intestaterben gleichstehen. Außereheliche Kinder (spurii) haben ihrer Mutter und ihren

3) Eod. cap. 1: „cuiuslibet sexus sint aut gradus".

1) Nicht so allgemein nach deutschem Recht.

2) Capp. 2, 8, 15 X. Qui filii sint legit. 4, 17.

3) Glück, Kommentar Bd. 23. S. 91.

mütterlichen Ascendenten gegenüber als deren Kognaten ganz gleiche Intestaterbrechte wie die ehelichen [4]), dem Vater gegenüber aber ist ihr Erbrecht sehr beschränkt und väterlichen Verwandten gegenüber haben sie gar keins. Nämlich

1) den Konkubinenkindern (naturales liberi) **erstes** Grades beiderlei Geschlechtes [5]) geben Nov. 18. cap. 5. (a. 537) und Nov. 89. cap. 12. §§. 4, 5 (a. 539) unter der Voraussetzung, daß der Vater nur mit einer Konkubine gelebt und weder legitime Descendenz noch eine legitime Ehefrau hat, außer den Alimenten Intestaterbrecht (sonst bloß Alimente) am väterlichen Nachlasse auf 2 unciae ($^1/_6$) zugleich mit ihrer Mutter, so daß diese einen Kopftheil bekommt. Ist sie gestorben, so erhalten die Kinder allein den sextans, sind aber die Kinder gestorben, so bekommt die überlebende Konkubine [Justinian schweigt darüber] nach der Ansicht Einiger [6]) nichts, nach der Andrer [7]) die Hälfte des sextans, also $^1/_{12}$ nach Analogie der Nov. 89. cap. 13. §. 2. Unter denselben Voraussetzungen succedirt umgekehrt nach Nov. 89. cap. 13. auch der Vater ab intestato in den Nachlaß seiner Konkubinenkinder. Obgleich nun diese Bestimmungen bei der Strafbarkeit des Konkubinats [8]) heut zu Tage nicht mehr gelten sollten, so wendet sie doch die gemeinrecht-

4) Denn die abnorme Bestimmung Justinians (L. 5. Cod. ad S. C. Orfit. 6, 57), der spurius einer illustris mater solle neben legitimen Geschwistern kein Erbrecht am mütterlichen Nachlasse haben, ist bei uns wie der Illustrissimat antiquirt.

5) L. 12. Cod. de natur. liber. 5, 27.

6) Puchta, Pand. Vorlesgg. II. S. 310.

7) Vgl. Glück, Intestaterbfolge S. 487 f.

8) Reichspolizeiordnung v. J. 1530. tit. 33; v. J. 1548. tit. 25 und 1577. tit. 26. §. 1.

liche Praxis auf natürliche Kinder im heutigen Sinne des Wortes, d. h. auf die vom Vater anerkannten unehelichen Kinder an [9]);

2) die Kinder aus incestuoser Geschlechtsverbindung aber haben nach der ausdrücklichen Bestimmung der Nov. 89. cap. 15. am väterlichen Nachlasse kein Intestaterbrecht. Aber auch nur ihnen, nicht den im Ehebruch oder in der Bigamie [10]) erzeugten Kindern spricht jene Nov. das Intestaterbrecht ab und auch nur dem väterlichen, nicht auch dem mütterlichen Nachlasse [11]) gegenüber.

§. 23.

Adoptivverwandtschaft.

Das Intestaterbrecht der Adoptivverwandten beurtheilt sich, da die Nov. 118. an dem bisher giltigen Erbrechte derselben nichts geändert hat (§. 21 a. E.), nach der von Justinian im Jahre 530 erlasse-

9) Mayer, Das Intestaterbrecht der liberi naturales. Irrig aber ist die aus der verkehrten Gleichstellung der morganatischen Ehe mit dem Konkubinate hervorgegangne partikularrechtliche Beschränkung des Erbrechts der in solcher Ehe erzeugten Kinder dem väterlichen Nachlasse gegenüber (Pr. Landrecht II. 2. §§. 559 ff.). Die morganatische Ehe ist Ehe, der Konkubinat nicht.

10) Der Ausdruck der Nov. 89. cap. 15: „omnis qui ex complexibus aut nefariis aut incestis aut damnatis processerit" (vgl. Nov. 84. cap. 6.) bezeichnet nur den Incest, wie aus Nov. 12. cap. 1. „si quis illicitas et contrarias naturae (quas lex incestas et nefandas et damnatas vocat) contraxerit nuptias" und aus der so häufigen Verbindung dieser drei Epitheta bei Gaius, Ulpian und Paulus hervorgeht. Die Ausdehnung dieser Bestimmung auf die im Ehebruche und in der Bigamie erzeugten Kinder widerspricht der hier nothwendigen strikten Interpretation. Glück, Intestaterbfolge S. 490 ff. und Kommentar Bd. 35. S. 158 f. namentlich Note 46. Vangerow, Pand. II. S. 49.

11) Denn ihrer Mutter gegenüber sind sie Kognaten.

nen neuen Adoptionsordnung der L. 10. Cod. de adopt. 8, 48 (vgl. §. 2. Inst. eod. tit. 1, 11). In dieser ist zwischen der Adoption an eine extranea persona (s. g. minus plena adoptio) und der an den väterlichen oder mütterlichen Ascendenten (s. g. adoptio plena) unterschieden und nur dieser letzteren, nicht jener ersteren die volle erbrechtliche Wirkung beigelegt worden. Nach ihr nämlich giebt

1) die s. g. minus plena adoptio, weil durch sie der Adoptirte nicht in die Familie des Adoptivvaters übergeht, nicht in dessen väterliche Gewalt kommt und nicht diesem erwirbt, dem Adoptirten, wenn das Adoptivverhältniß bis zum Tode des Adoptivvaters fortgedauert hat, diesem gegenüber nur Intestaterbrecht, kein Pflichttheilsrecht [1]), ohne daß umgekehrt der Adoptivvater dem minus plene Adoptirten gegenüber ein Intestaterbrecht hat. Ist die Adoption aber durch Emancipation gelöst, so erlischt damit auch jenes Intestaterbrecht des Adoptirten [2]). Dagegen werden die Successionsrechte des Adoptirten in seiner natürlichen Familie, seinem leiblichen Vater und seiner leiblichen Mutter gegenüber, durch eine solche Adoption nicht geändert [3]). Wie diese minus plena adoptio, so wirkt auch die Adrogation durch eine Frau. Dagegen giebt

---

1) L. 10. cit. §. 1. „ut non successione ab intestato patris extranei adoptivi defraudetur". — „quidquid ei reliquerit, hoc liberalitatis sit".

2) Eod. §. 2. „Si autem per emancipationem iura adoptiva fuerint dissoluta, tunc nullus ei penitus regressus ad adoptivum extraneum patrem . . . relinquatur".

3) Eod. pr. „omnia . . . maneant integra iura, sive ad inofficiosi querelam, sive ad alias omnes successiones . . . quae liberis deferuntur".

2) die s. g. plena adoptio, weil durch sie der Adoptirte in die Familie des Adoptivvaters übergeht, in dessen väterliche Gewalt kommt, diesem erwirbt und „is ei solus pater intelligitur, quem lex fecit et natura non dereliquit“ [4]), dem Adoptirten, so lange das Adoptivverhältniß besteht, Intestaterbrecht und Pflichttheilsrecht dem Adoptivvater und diesem dem Adoptirten gegenüber, ohne daß die gegenseitigen Successionsrechte zwischen dem Adoptirten und seiner leiblichen Mutter, deren Kognat jener bleibt, durch diese plena adoptio berührt würden. Seinem leiblichen Vater gegenüber aber hat der plene Adoptirte, so lange die Adoption besteht, kein Erbrecht, da er so lange nicht als Kognat desselben gilt [5]). Ist die Adoption durch Emanzipation gelöst, so hat der früher Adoptirte nun wieder nur seiner natürlichen Familie, also auch seinem leiblichen Vater gegenüber Erbrecht [6]). Wie die plena adoptio, so wirkt auch die Abrogation eines sui iuris homo [7]). Das Recht des abrogirten impubes auf die Quarta divi Pii §. 13.

---

4) Pr. eod.

5) Diese mit der Wortauslegung der L. 10. cit. pr. („et ad eam tantum modo filius adoptivus spem totam extendat, et non patris naturalis successionem molestare concedatur“) allein übereinstimmende und der L. 8. pr. Dig. de in ius voc. 2, 4 so wenig wie der L. 1. §. 12. de ventre in b. p. mitt. 37, 9 widerstreitende Ansicht hat schon v. Löhr in seinem und Grolman's Mag. III. S. 397 ff. und Mühlenbruch, Komment. Bd. 35. S. 173 ff., dem Puchta, Vorlesgg. II. S. 307 f. beigestimmt, ausführlich vertheidigt; siehe dagegen Glück, Intestaterbfolge S. 602 ff.; Vangerow, Pand. II. S. 44 ff.; Büchel, Streitfragen aus Nov. 118. S. 51 ff.

6) Eod. pr. „tunc etenim necesse est iterum ad patrem naturalem eum reverti.

7) Eod. §. 5. „Ubi autem homo sui iuris constitutus per adro-

B. Ehe.

§. 24.

Intestati B. P. Unde vir et uxor.

Den überlebenden Ehegatten berücksichtigte bei der Intestatsuccession zuerst das prätorische Edikt, indem es ihn, vorausgesetzt daß ein iustum matrimonium mit dem verstorbnen Gatten bis zu dessen Tode bestanden hatte, zur intestati B. P. nach den Kognaten des sechsten resp. siebenten Grades berief (§. 7. III.). Diese B. P. ist auch im Justinianischen Rechte geblieben, nur daß seit Nov. 118, welche cap. 3 i. f. und cap. 4. die Beschränkung des kognatischen Erbrechts auf den sechsten resp. siebenten Grad aufgehoben hat, der überlebende Ehegatte erst nach allen Kognaten seinen Anspruch geltend machen kann, und so ist derselbe gemeinrechtlich anerkannt, materiell einem wirklichen Erbrechte ganz gleich (§. 10 a. E.).

§. 25.

Arme undotirte Witwe.

Neben dieser jedem überlebenden Ehegatten zustehenden intestati B. P. aber gab Justinian, bewogen durch die mögliche Verarmung des ja erst in der letzten Klasse berücksichtigten coniux, dem armen Witwer und der armen Witwe im Jahre 537 durch Nov. 53. cap. 6. [1]) ein Recht auf $1/4$ Eigenthum am Nachlasse des verstorbnen wolhabenden Gatten ohne Rück-

---

gationem . . . sese dederit in adoptionem, tunc omnia iura patris adoptivi habeat intacta".

1) Nach Analogie der Nov. 22. cap. 18 (a. 536), in der die L. 11. Cod. de repud. 5, 17. v. J. 528 bestätigt wurde, und nach welcher der Mann seiner undotirten und nicht propter nuptias beschenkten Frau, die er ohne rechtlichen Grund verstößt, $1/4$ seines Vermögens, jedoch nicht über 100 Pfund Goldes geben mußte.

sicht auf die Anzahl der Kinder. Im Jahre 541 aber entzog er dieses Erbrecht durch Nov. 117. cap. 5.[2]) dem Witwer wieder[3]), ließ es nur der armen undotirten und mit keiner propter nuptias donatio beschenkten Witwe und stellte es für diese (also nicht für die dotirte oder sonst wolhabende) endgiltig mit Rücksicht auf die Kinderzahl dahin fest, daß sie neben drei Kindern[4]) des verstorbnen wolhabenden Mannes ¼ des Nachlasses, neben mehreren einen Kopftheil und zwar zu Eigenthum (*δεσποτείας δικαίῳ*, dominii iure) erhalten solle, wenn diese Kinder ihre Stiefkinder sind, sonst, neben eignen Kindern nur zu Nießbrauch („*ὥστε χρῆσιν μόνην ἐπὶ τοῖς τοιούτοις πράγμασι τὴν γυναῖκα ἔχειν, τὴν δεσποτείαν δὲ ἐκείνοις τοῖς παισὶ φυλάττεσθαι, οὓς ἐξ αὐτοῦ τοῦ γάμου ἔσχεν*, ut usum solum in talibus rebus mulier habeat, dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit"); nie aber solle sie mehr als 100 Pfund Goldes erhalten. Die gemeinrechtliche Praxis berechnet dabei das Pfund Gold zu 72 Dukaten (solidi, aurei), den Dukaten zu 4 Gulden im 20 Guldenfuß veranschlagt, so daß 100 Pfund = 7,200 Dukaten oder 28,800 schwere Gulden sind. Dieses Recht der armen undotirten Witwe setzt aber wie die intestati B. P. Unde vir et uxor recht=

---

2) Mit ausdrücklicher Beziehung auf die vorhergegangnen Nov. 22. cap. 18. und Nov. 53. cap. 6.

3) *Τὸν ἄνδρα γὰρ ἐπὶ τῶν τοιούτων θεμάτων τὸ τέταρτον μέρος . . . . ἐκ τῆς οὐσίας λαμβάνειν τῆς γυναικὸς πᾶσι τρόποις κωλύομεν* (Virum enim in talibus casibus quartam . . ex substantia mulieris accipere, modis omnibus prohibemus). cf. Basil. *περὶ γαμικῶν κερδῶν* libr. 28. tit. 12. i. f. (ed. Heimb. tom. III. pag. 316).

4) Die Quote der Witwe bestimmt sich also nach der Anzahl der Kinder, nicht beschränkender Weise nach der der Intestaterben überhaupt, vgl. Glück, Intestaterbfolge S. 451 ff.

mäßige, bis zum Tode des Mannes bestandne Ehe [5]) voraus; der geschiednen oder der beständig von Tisch und Bett getrennten Ehefrau [6]) steht es nicht zu. Ob die Witwe arm sei („ἀπόρως διάκειται, inops inveniatur“) [7]), entscheidet das richterliche Ermessen darnach, ob sie aus eignen Mitteln ihrem Stande gemäß leben kann oder nicht; und der verstorbne Mann ist für wolhabend (εὔπορος, locuples) dann zu achten, wenn sein Nachlaß zum standesmäßigen Unterhalt für seine Kinder und die hinterlassne Witwe ausreicht. Uebrigens muß sich die Witwe auf ihren Antheil alles anrechnen lassen, was sie irgend wie aus dem Nachlasse des Mannes bekommt; sie kann daher, wenn ihr der Mann die ihr zukommende Erbquote schon zum Theil vermacht hat, nur auf Ergänzung bis zum vollen Betrage derselben klagen [8]).

II. Successionsordnung.

A. Regelmäßige Successionsordnung.

§. 26.

Vorjustinianisches Recht.

Die zwölf Tafeln beriefen ohne Anerkennung irgend einer successio zur Intestaterbfolge zuerst die sui und zwar so, daß die Descendenten eines verstorbnen suus „in parentis sui locum“ succedirten und diejenige Quote zusammen erhielten, welche auf jenen parens, lebte er noch, gekommen wäre. Nach

5) „Μέχρι τελευτῆς σὺν αὐτῇ ζήσας“, usque ad mortem cum ea vivens. Daher hat auch die Braut kein Erbrecht am Nachlasse des verstorbnen wolhabenden Bräutigams, vgl. Hagemann, Prakt. Erörterungen 2. Bd. Nr. 28; Glück, Kommentar Bd. 19. S. 106.

6) Glück, Intestaterbfolge S. 443 ff.

7) Nov. 53. cap. 6. §. 2.

8) eod. pr.

den sui waren die nächsten Agnaten und dann sofort die Gentilen berufen (§. 20). Der Prätor aber führte durch sein successorium edictum für die secundum tabulas sowie für alle Klassen der intestati P. B. eine successio ordinum und für die B. P. Unde cognati [1]) auch eine successio graduum ein, so daß die nachfolgende Klasse die B. P. erst dann erbitten konnte, wenn die vorhergehende erledigt war und unter den Kognaten der entferntere Grad den Nachlaßbesitz erst erhielt, wenn ihn der dem Grade nach nähere Kognat nicht erhalten hatte (vgl. §. 7). Justinian dehnte dann diese successio graduum auch auf die B. P. Unde legitimi für die Agnaten aus (§. 20 a. E.), und so galt vor der Nov. 118. durchgehends successio ordinum, eine successio graduum aber nur für jene beiden Klassen der B. P.

§. 27.

Justinianisches und gemeines Recht.

Die Nov. 118. und die Ergänzungsnovelle 127. cap. 1. berufen dagegen die Verwandten des Erblassers in folgender Reihenfolge, nach folgenden vier Klassen zur Intestaterbfolge:

1. Klasse: die Descendenten des Erblassers;
2. Klasse: die Ascendenten des Erblassers und zugleich mit ihnen seine vollbürtigen Geschwister und solcher vorverstorbner Geschwister Söhne und Töchter;
3. Klasse: die halbbürtigen Geschwister des Erblassers und solcher vorverstorbner Geschwister Söhne und Töchter;

---

1) Einige nehmen irrig auch eine successio graduum in der Klasse Unde legitimi und sogar in der Unde liberi an, vgl. über und gegen diese Ansicht Büchel, Streitfragen aus Nov. 118. S. 95—110; Vangerow, Pand. II. S. 26 ff.

4. Klasse: alle übrigen Seitenverwandten der Gradesnähe nach

oder nach den von einem unbekannten Verfasser gemachten Denkversen:

1) Descendens omnis succedit in ordine primo.

2) Ascendens prior, germanus, filius eius.

3) Tunc latere ex uno frater, quoque filius eius.

4) Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Für alle diese Klassen gilt successio ordinum, d. h. die zunächst berufne Klasse schließt die folgende immer so lange aus, bis aus jener entweder gar kein Berechtigter mehr da ist oder kein solcher erwirbt und auch sein Recht, zu erwerben, nicht auf seine Erben transmittirt[1]). Ob aber auch für alle vier Klassen eine successio graduum gelte, darüber streitet man. Darin freilich ist man einig, daß in der zweiten und vierten Klasse, wo Personen verschiednes Grades der Gradesnähe nach berufen werden (Ascendenten und Seitenverwandte), eine successio graduum gelte, so daß beim Ausfalle des zunächst Berechtigten z. B. des Vaters oder näheren Seitenverwandten, wenn nicht sein Recht einem Andern adkrescirt oder durch Transmission zukommt, der Folgende, z. B. der Großvater oder entferntere Seitenverwandte eintritt, dagegen behaupten die Einen [2]) eine gleiche successio graduum auch für die erste und dritte Klasse, während Andre sie in diesen beiden Klassen [3]) oder doch in der dritten und in der zweiten bei

1) Nov. 118. cap. 2: „Si defunctus descendentes non relinquat heredes“; cap. 3. „his autem non existentibus“.

2) Glück, Intestaterbfolge S. 570—580; Vangerow, Pand. II. S. 68 ff.

3) Puchta, Pand. §. 458. Note e. Die Berufung auf die B. P. Unde liberi trifft nicht, weil die Nov. auf Suität gar keine Rücksicht nimmt.

Geschwistern und deren Söhnen und Töchtern [4]) für unzulässig erklären. Der Nov. 118. aber entspricht wol nur die herrschende Ansicht, daß in allen vier Klassen eine successio graduum unter der angegebnen Voraussetzung gelte, so daß auch den entferntren Descendenten — die Descendenten sollen ja vor allen andern berücksichtigt werden — die Erbschaft deferirt wird, wenn der dem Grade nach nähere Descendent sie nicht erworben hat und jene Delation weder Adkrescenz- noch Transmissionsrecht hindert, und ein gleiches auch bei Geschwisterkindern gilt. In jeder Klasse aber schließen bei derselben Art der Verwandtschaft die noch lebenden Berechtigten die Entfernteren, die bloß durch sie mit dem Erblasser verwandt sind, aus.

§. 28.

Erste Klasse der Nov. 118.

Nach der Nov. 118. succediren also vor allen übrigen Verwandten alle erbfolgefähigen (§§. 15, 22, 23) **Descendenten** des Erblassers ohne Rücksicht auf Geschlecht, väterliche Gewalt und Grad der Verwandtschaft, so daß auch entferntere Descendenten z. B. Enkel oder Urenkel, neben näheren z. B. Söhnen oder Enkelinnen berufen sind, wenn zwischen ihnen und dem Erblasser nicht ein näher Erbberechtigter desselben Stammes steht [1]). Ist letzteres der Fall, d. h. der parens der entfernteren Descendenten zur Zeit der Delation noch am Leben, so schließt dieser sie von der Erb-

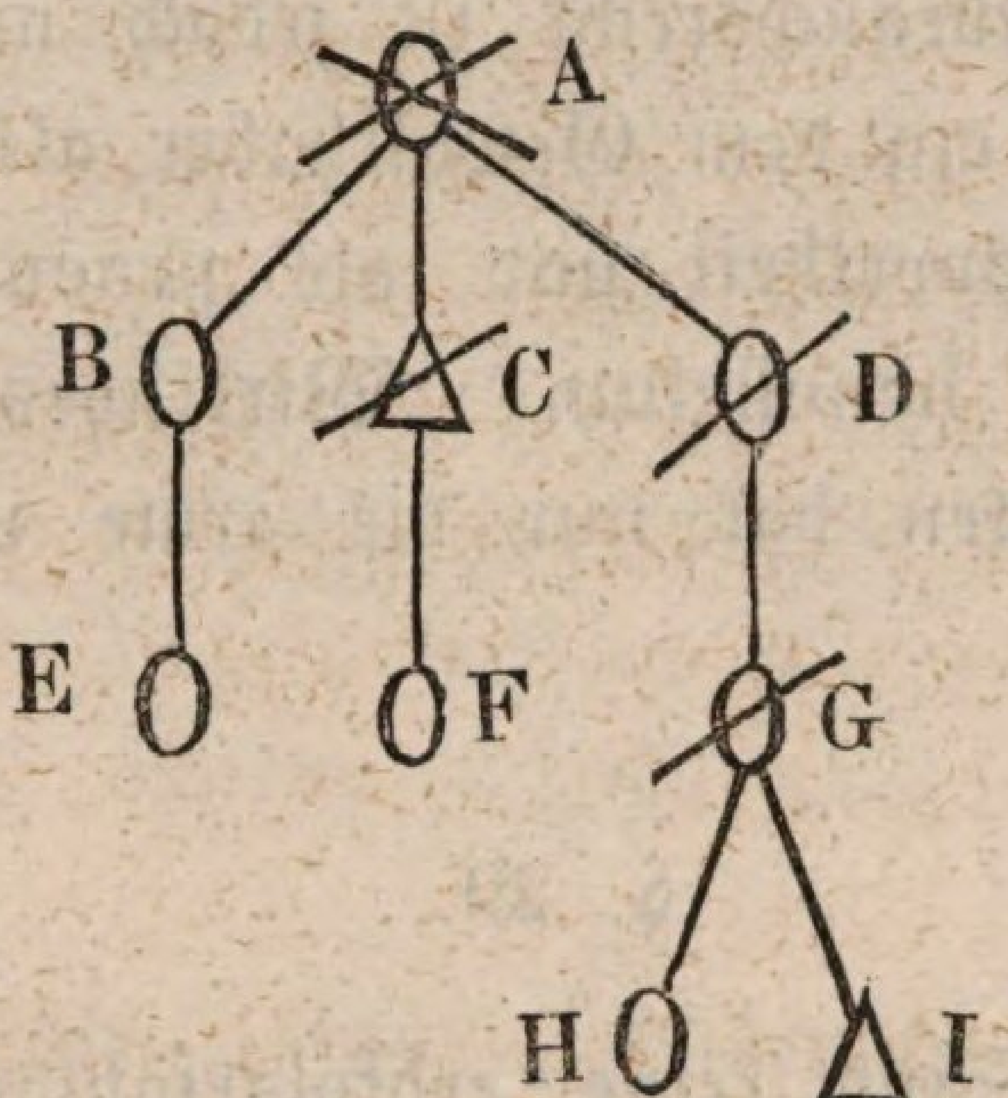
4) Büchel, Streitfragen S. 113—119 und 226. Büchel schließt bei Geschwisterkindern die successio graduum aus, weil jene „nur in locum praedefuncti parentis gerufen sind, mithin, wenn diese Voraussetzung fehlt, gar nicht in der zweiten oder dritten Klasse zur Succession kommen können, sondern erst in die vierte Klasse gehören", siehe dagegen §. 29.

1) Cap. 1. Nov. 118.

schaft aus [2]), lebt er aber bei der Delation nicht mehr, so succediren sie „in proprii praedefuncti parentis locum", sind ihm gesetzlich substituirt und erhalten daher zusammen diejenige Erbquote, die ihr parens allein erhalten hätte, wenn er noch am Leben wäre. Stirbt ein noch in der

---

2) In folgendem Schema



erben also B als Sohn, F als Enkel und H und I als Urenkel, so daß diese beiden Letztern zusammen die Portion ihres vorverstorbnen parens G bekommen und F die Portion der C bekommt; E wird durch seinen noch lebenden Vater B ausgeschlossen. Dieses succedere in praedefuncti parentis locum pflegt man Repräsentationsrecht zu nennen. Will man damit bezeichnen, daß die Enkel u. s. w. nicht aus eignem Rechte, sondern nur als Repräsentanten ihres vorverstorbnen parens einträten und daher diesen, um zur Succession zu kommen, beerbt haben müßten, so ist der Ausdruck lieber ganz aufzugeben, denn die Enkel u. s. w. und Geschwisterkinder erstes Grades succediren als gesetzliche Substituten iure proprio, weil ihre Succession nun der näher stehende parens als praedefunctus nicht mehr hindert. Die Quellen (Gai. 3, 7 sq.; §. 6. Inst. de hered. quae ab int. 3, 1; Ulp. 26, 2; Nov. 118. cap. 1: tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticumque sint, quantam eorum parens si viveret habuisset) beziehen das „succedere in praedefuncti parentis locum" nur auf die Erbtheilung, leiten aus ihm die divisio in stirpes ab. Vgl. Glück, Intestaterbfolge S. 78 ff.; Arndts in Weiske's Rechtslex. v. Intestaterbfolge Bd. 5. S. 683; Büchel, Streitfragen S. 217 ff.

väterlichen Gewalt befindliches Kind, so wird dieses zwar auch von seinen Descendenten beerbt, der Gewalthaber aber behält am Nachlasse seinen bisherigen Nießbrauch; und beerben Kinder ihre Mutter, so bekommt der überlebende parens, sind jene nicht ermancipirt, an dem ganzen den Kindern zufallenden Nachlasse, sind sie aber emancipirt, an einer Virilportion [3]) den gesetzlichen Nießbrauch. Dieses väterliche Nießbrauchsrecht ist jedoch nicht ein Miterbsrecht, sondern nur ein dem Gewalthaber als Ersatz für entbehrten Vermögensvortheil und als praemium emancipationis zuerkanntes beneficium. Wirkliches Erbrecht neben den Descendenten hat nur die arme undotirte Witwe (§. 25).

§. 29.

Zweite Klasse der Nov 118. und Nov. 127. cap. 1.

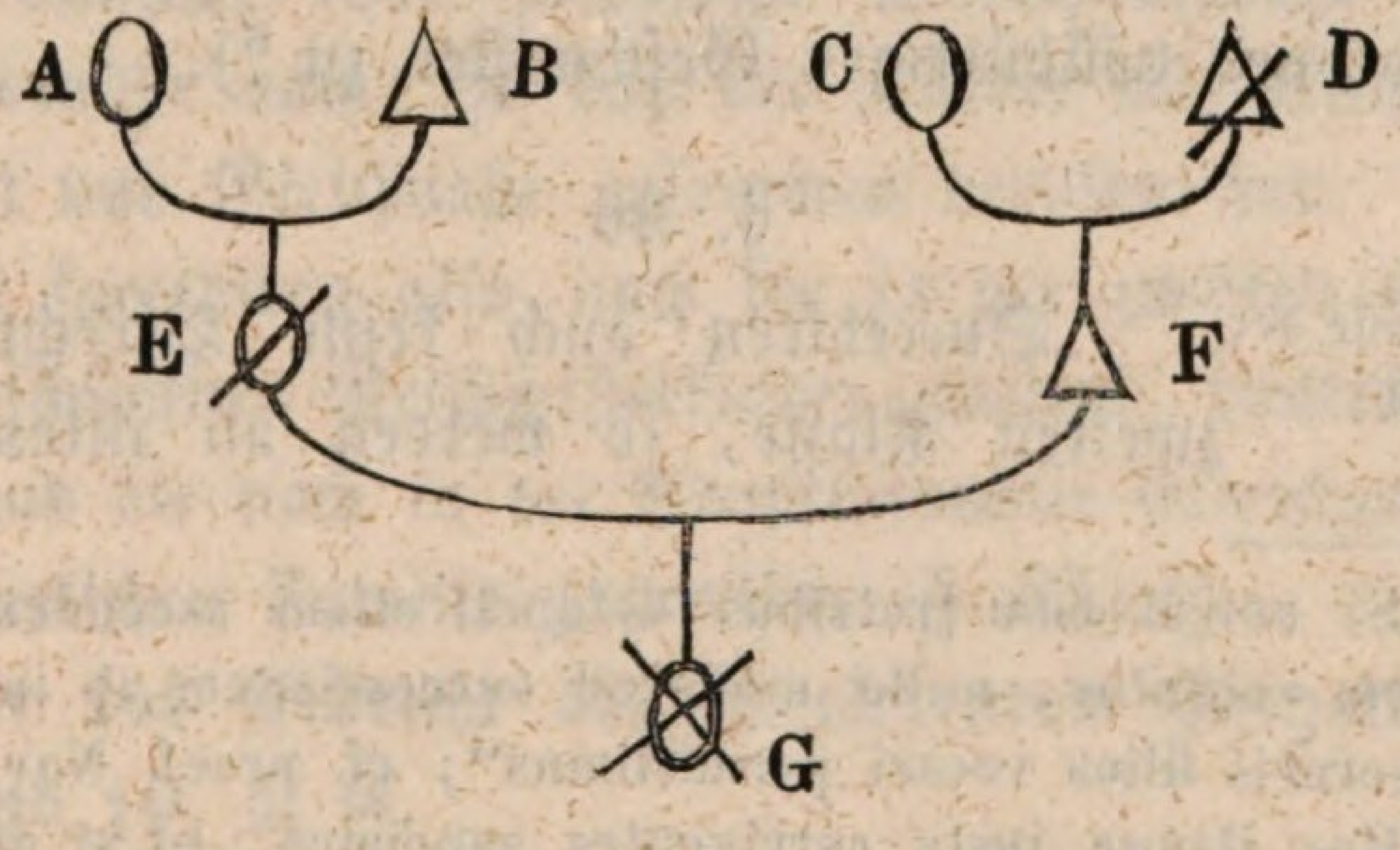
Sind keine erbfolgefähigen Descendenten des Erblassers da, so succediren in der zweiten Klasse die erbfolgefähigen **Ascendenten und** zugleich mit ihnen **die vollbürtigen Geschwister desselben nebst solcher vorverstorbner Geschwister Söhne und Töchter** (nicht auch Enkel u. s. w., diese vielmehr erst in der vierten Klasse), und zwar succediren die Ascendenten ohne Rücksicht auf Geschlecht und potestas der Gradesnähe nach, so daß der nähere Ascendent alle entfernteren Ascendenten sowol derselben wie einer andern Linie ausschließt und gleichnahe

3) Theod. et Valent. L. 9. Th. Cod. de matern. bon. 8, 18 = L. 3. Iust. Cod. eod. tit. 6, 60. Ueber die Berechnung dieser Virilportion vgl. Schrader, Abhandlgg. aus dem Civilrecht Bd. I. Nr. 4 und Vangerow, Pand. II. S. 54; Puchta, Vorles. II. S. 314 f.

Ascendenten zusammen berufen werden [1]). Erbfolgefähige Ascendenten aber sind nach Justinianischem Rechte nicht der parens ex incestis nuptiis (§. 22 a. E.), der minus plene Adoptirende, der gewesene Adoptivvater, der leibliche Vater (wol die Mutter) während Bestehens der plena adoptio (§. 23) und der pater adrogator eines impubes am Nachlasse dieses, wenn er intra pubertatem stirbt [2]). Die vollbürtigen Geschwister des Erblassers (fratres sororesque ex utrisque parentibus coniuncti, ex eodem patre et ex eadem matre nati) beruft Nov. 118. cap. 2. zugleich mit den Ascendenten, und dieselbe Nov. giebt cap. 3. den Söhnen und Töchtern vorverstorbner vollbürtiger Geschwister, wenn keine Ascendenten zur Erbschaft gelangen, ein Intestaterbrecht neben ihren vollbürtigen

---

1) Nov. 118. capp. 2. und 3. So erbt in folgendem Schema:



F allein und schließt nicht nur den mütterlichen Großvater C, sondern auch die Großeltern väterlicher Seits A und B aus; von einem s. g. Repräsentationsrechte ist hier also keine Rede (Glück, Intestaterbfolge S. 621 f.). Lebte E noch, so succedirten F und E.

2) §. 3. Inst. de adopt. 1, 11. Irrig also behaupten manche eine Reciprocität zwischen der a- und descendentischen Erbfolge, d. h. stellen als Princip auf, es erbten diejenigen Ascendenten ab intestato, die von ihren Descendenten, wenn jene vor diesen gestorben wären, beerbt worden wären. Der minus plene Adoptirte beerbt seinen Adoptivvater, nicht umgekehrt.

Onkeln und Tanten; in diesem Falle succediren solche Söhne und Töchter „in suorum parentum iura“ („εἰς τὰ τῶν ἰδίων γονέων δίκαια“). Wenn aber mit den vollbürtigen Geschwistern des Erblassers auch Ascendenten zur Erbschaft gelangen, so sollen die Geschwisterkinder nach Nov. 118. cap. 3. nicht succediren [3]). Letztres aber verbesserte Justinian durch Nov. 127. cap. 1. und verordnete, daß die Söhne und Töchter vorverstorbner vollbürtiger Geschwister auch zugleich mit solchen Geschwistern und Ascendenten des Erblassers erben und die Quote ihres praedefunctus parens erhalten sollten [4]). Ob jene Söhne und Töchter auch miterben sollen, wenn bloß Ascendenten, nicht neben diesen auch vollbürtige Geschwister da sind, bestimmt zwar die Novelle 127. nicht ausdrücklich, aber die Praxis läßt nach dem korrektiven Charakter [5]) der Novelle wol mit Recht auch neben Ascendenten allein die Söhne und Töchter vorverstorbner vollbürtiger Geschwister zu [6]).

§. 30.

Dritte Klasse der Nov. 118.

Succediren auch keine Berechtigten der zweiten Klasse, so werden ab intestato nach

3) „Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes . . . ad hereditatem vocantur, nullo modo ad successionem ab intestato fratris aut sororis filios vocari permittimus“; cf. praef. Nov. 127.

4) „Hoc itaque iuste corrigentes sancimus, ut si quis moriens relinquat ascendentium aliquem et fratres, qui possint cum parentibus vocari, et alterius praemortui fratris filios, cum ascendentibus et fratribus vocentur etiam praemortui fratris filii et tantam accipiant portionem, quantam eorum futurus erat pater accipere, si vixisset.“

5) Praef.: „Nostras leges emendare (ἐπανορθοῦν) nos non piget“; cap. 1. „Hoc itaque iuste corrigentes (ἐπανορθοῦντες).“

6) Vgl. Puchta, Vorlesg. II. S. 316 gegen Glück, Intestaterbfolge S. 639 und Vangerow, Pand. II. S. 58.

cap. 3. pr. der Nov. 118. berufen die erbfolgefähigen **halbbürtigen Geschwister** des Erblassers („fratres ex uno parente coniuncti, sive per patrem solum (s. g. consanguinei) sive per matrem (s. g. uterini)) **und** zugleich mit ihnen, „ut in suorum parentum iura succedant", **solcher vorverstorbner Geschwister Söhne und Töchter** (also auch hier wie §. 29. nur die Geschwisterkinder erstes Grades), so daß diese auf die Erbquote ihres verstorbnen parens eintreten.

§. 31.

Vierte Klasse der Nov. 118.

Sind endlich auch keine Prätendenten der dritten Klasse da, die zur Erbschaft gelangen, so succediren nun nach Nov. 118. cap. 3. §. 1. und cap. 4. **alle übrigen erbfolgefähigen Seitenverwandten** des Erblassers ohne Rücksicht auf Voll= oder Halbbürtigkeit und auf einfache oder mehrfache Verwandtschaft lediglich der Gradesnähe nach, so daß der Nähere alle Entfernteren ausschließt und Gleichnahe zusammen berufen sind. In dieser Klasse succediren also auch die in der zweiten und dritten ausgeschlossnen Geschwisterkinder zweites, drittes u. s. w. Grades und die noch in der Adoptivfamilie stehenden Kinder ihrer natürlichen Familie gegenüber (§. 23) [1]).

Ueber das Erbrecht des überlebenden Ehegatten siehe §§. 24 und 10. a. E.

§. 32.

Vertheilung des Nachlasses.

Vertheilt wird nun der Nachlaß entweder nach Köpfen (in capita, pro numero personarum, κατὰ τὸν τῶν προσώπων ἀριθμόν), so daß so viele gleiche Erbportionen (viriles portiones) gemacht wer=

1) §. 3. Inst. de success. cogn. 3, 5.

den, als Intestaterben da sind, oder nach Stämmen (in stirpes sive ex stirpibus), so daß für jeden Stamm eine Portion gemacht wird und die von einem gemeinschaftlichen Ascendenten Abstammenden zusammen diejenige Portion erhalten, die jener erhalten hätte, wenn er noch am Leben wäre, oder endlich nach Linien (in lineas), so daß die eine Hälfte der Erbschaft auf die väterliche, die andre auf die mütterliche Linie kommt. Die Theilung nach Köpfen hat überall da Statt, wo die Erbberechtigten nicht als gesetzliche Substituten ihres vorverstorbnen parens [1]), die Theilung nach Stämmen, wo sie als gesetzliche Substituten in praedefuncti parentis locum succediren (§. 28 Note 2); und nach Linien wird getheilt bei gleichnahen Ascendenten beider Linien, der väterlichen und mütterlichen, welche zusammen ohne Konkurrenz andrer Berechtigter zur Succession kommen. Bei der Theilung in capita werden für den nasciturus einstweilen drei Virilportionen gemacht und diese dann nach seiner Geburt definitiv vertheilt [2]). Bei der Theilung in stirpes und in lineas giebt mehrfache Verwandtschaft mit dem Erblasser, leibliche wie Adoptivverwandtschaft, Anspruch auf mehrfache Erbtheile, vorausgesetzt, daß jedes Verwandtschaftsverhältniß für sich einen

1) Außerdem noch die Gleichheit des Grades aller Erbberechtigten für die divisio in capita zu fordern, ist irrig, da ja sowol nach altem Civilrechte wie nach der Nov. 118. Descendenten des zweiten, dritten u. s. w. Grades auch, wenn nur sie allein erben, in stirpes theilen und außerdem die Nov. 118. für die Ascendenten in Konkurrenz mit vollbürtigen Geschwistern die Kopftheilung vorschreibt. Nach altem Civilrecht entschied freilich in der Klasse der Agnaten, quia successio in legitimis hereditatibus non erat, die gleiche Gradesnähe über die Theilung nach Köpfen (Gai. 3, 16; Ulp. 26, 4).

2) Paul et Ulp. L. 3 sq. Dig. Si pars her. pet. 5, 4.

Erbanspruch begründet [3]). Nach diesen Grundsätzen theilen nun

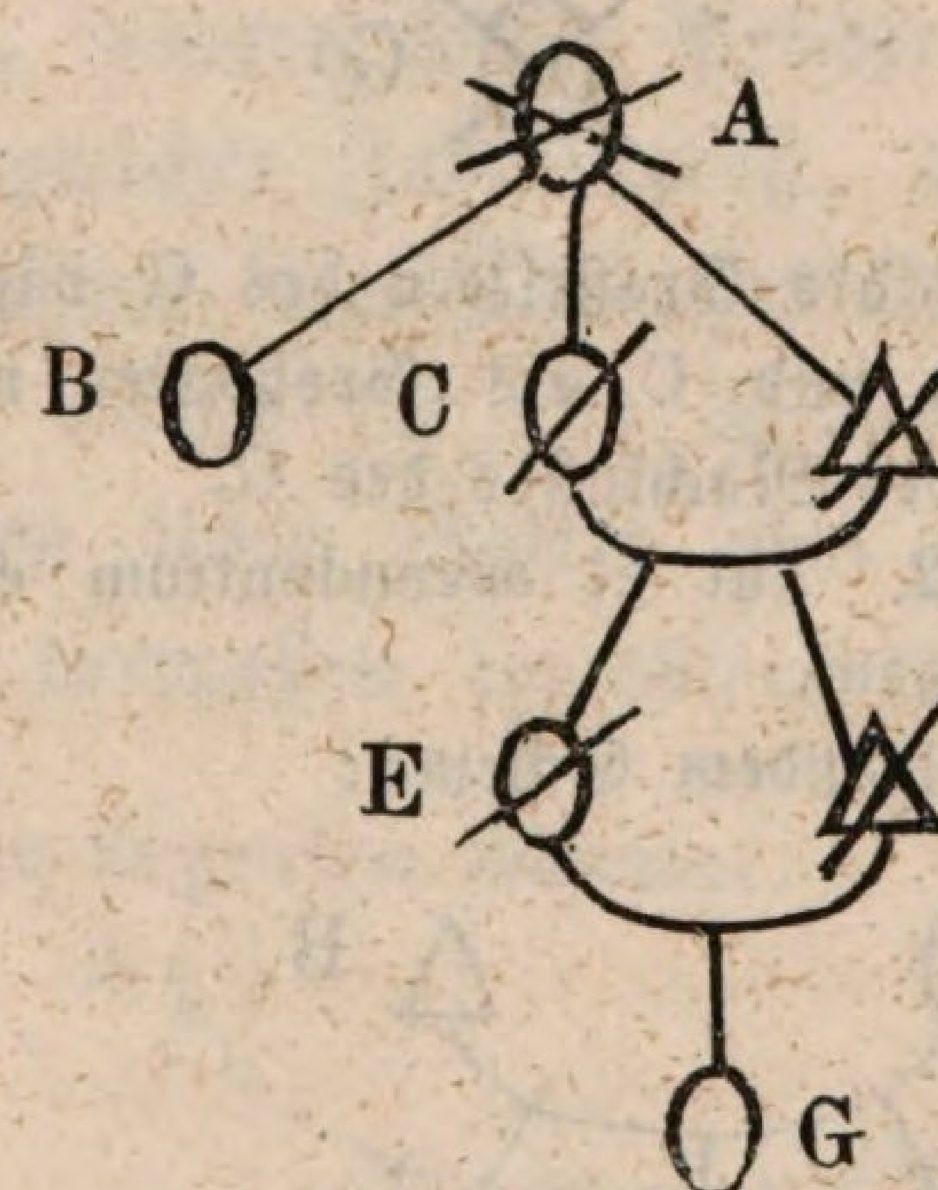
1) in der ersten Klasse der Erbberechtigten Söhne und Töchter des Erblassers, wenn sie allein succediren, in capita, dagegen neben Descendenten des zweiten u. s. w. Grades sowie diese Letzteren, wenn sie allein erben, in stirpes [4]);

2) in der zweiten Klasse der Erbberechtigten

a) gleichnahe **Ascendenten** derselben Linie, wenn sie allein succediren, in capita, verschiedner Linien in lineas [5]). Konkurriren sie nur mit

---

3) So bekommt in folgendem Schema:



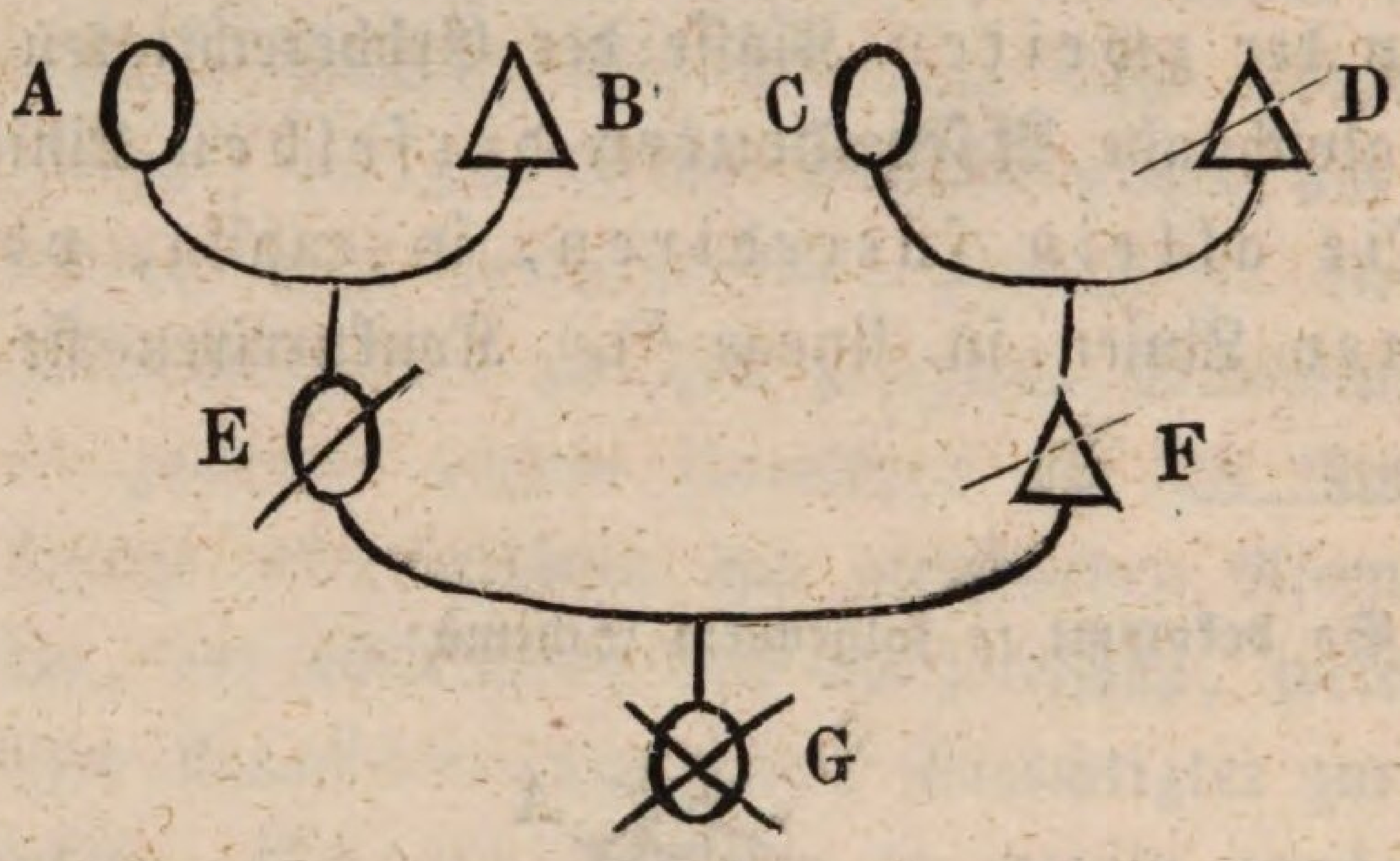
B 1/3 und G 2/3 des Nachlasses des A, nämlich, da er als Sohn von Geschwisterkindern dem A doppelt verwandt ist, 1/3 von mütterlicher Seite und 1/3 von väterlicher Seite, vgl. Glück, Intestaterbfolge S. 137 ff.

4) Nov. 118. cap. 1.

5) Nov. 118. cap. 2: „ex aequo inter eos hereditas dividatur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes quanticumque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscumque eos inveniri contigerit", z. B.:

vollbürtigen Geschwistern, so wird in capita getheilt[6]); konkurriren sie nur mit Neffen und Nichten des Erblassers, so theilen sie in capita, die Neffen und Nichten nach der geltenden Praxis in stirpes[7]). Erben dagegen Ascendenten und vollbürtige Geschwister **und** Neffen und Nichten zusammen, so theilen die Ascen-

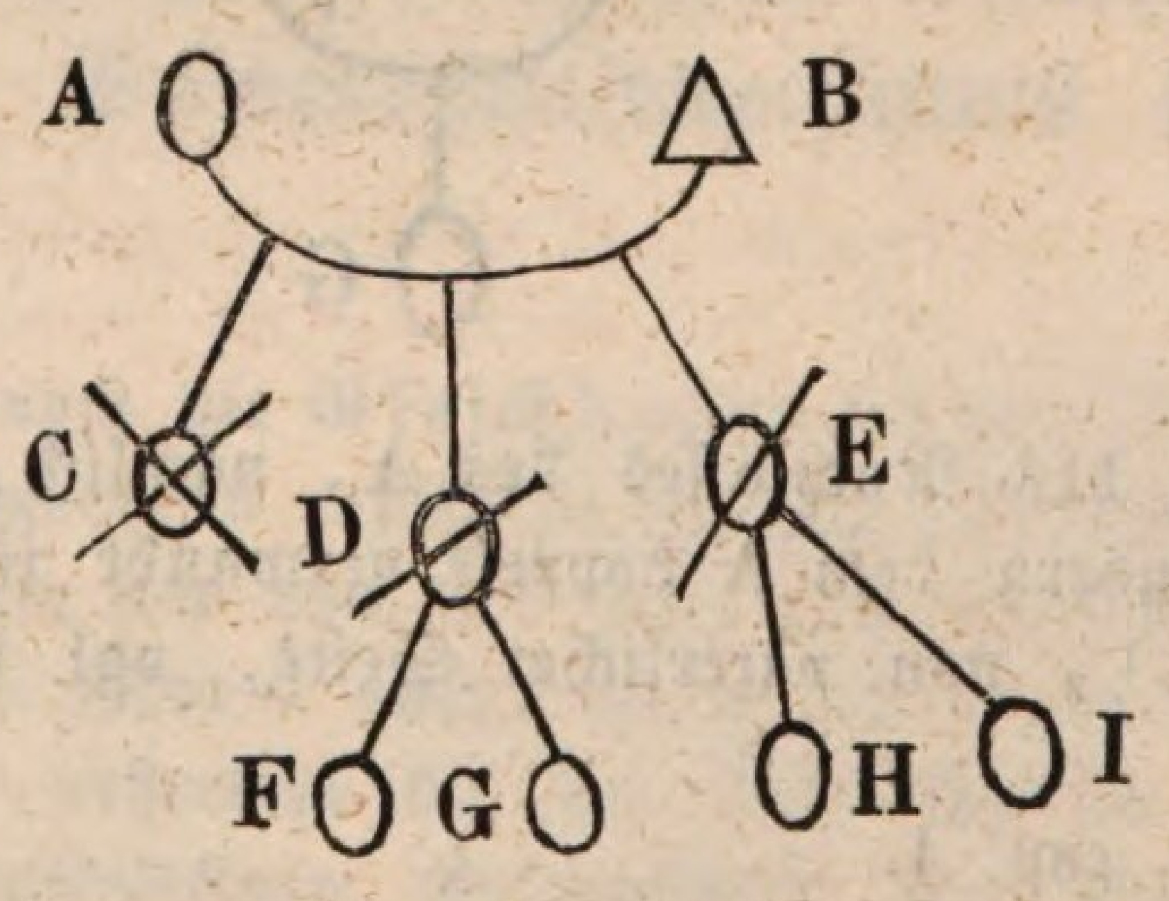
---



Hier bekommen A und B als Großeltern des G väterlicher Seits zusammen die eine Hälfte und C als Großvater mütterlicher Seits allein die andre Hälfte des Nachlasses des G.

6) Nov. 118. cap. 2. „ut et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem.

7) So werden in folgendem Schema:



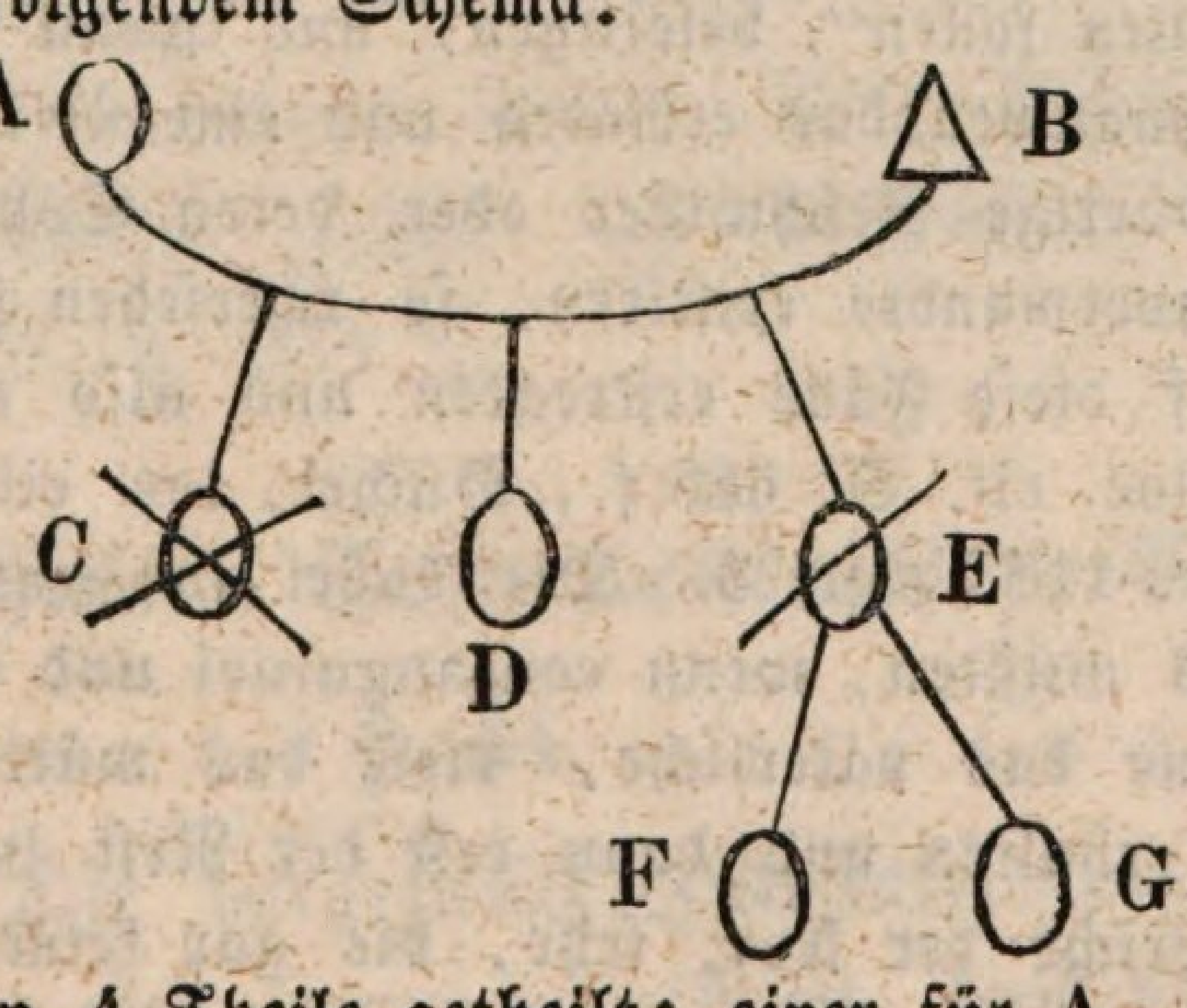
vier Theile gemacht: einer für A, einer für B, der dritte und vierte für die Stämme D und E, so daß F, G, H und I jeder 1/8, A und B jeder 1/4 des Nachlasses des C bekommt.

denten und Geschwister in capita, die Neffen und Nichten wieder in stirpes[8]);

b) vollbürtige **Geschwister** als alleinige Erben in capita, neben Neffen und Nichten in stirpes[9]).

c) Erben aber **Neffen und Nichten** allein, so ließen die Einen nach der von Accursius (glossa Fratres fuerint ad Nov. 118. cap. 3, woraus die Authen. Cessante ad L. 3. Cod. de leg. hered. 6, 58) vertheidigten Meinung nur eine divisio in stirpes, die Andern nach Azo's Meinung (in Summa Cod. tit. de legit. hered.) nur eine divisio in capita zu, bis der Reichsabschied zu Speyer 1529. §. 31. sich der Azo'schen Ansicht anschloß und verordnete: „Wenn einer untestirt abstirbt und nach ihm kein Bruder oder Schwester, sondern seiner Brüder oder Schwester Kinder in ungleicher Zahl verläst, daß alsdann dieselben seines Bruders oder Schwester Kinder in die Häupter und nicht in die Stämme erben und dem Verstorbnen ihrer Vatter oder Mutter Brüder oder Schwester dermaßen succediren und zugelassen werden

8) So wird in folgendem Schema:



der Nachlaß des C in 4 Theile getheilt: einer für A, einer für B, einer für C und der vierte für den Stamm E, so daß F und G jeder $1/8$, A, B und D jeder $1/4$ bekommen.

9) Nov. 118. cap. 3.

sollen." Hiernach müssen Geschwisterkinder erstes Grades als alleinige Erben in capita theilen, so irrig diese Entscheidung nach Nov. 118. cap. 3. und Nov. 127. cap. 1; welche diese Geschwisterkinder „in iura parentum suorum" succediren lassen (§. 29), auch ist [10]), und zwar muß diese Kopftheilung gelten ohne Rücksicht darauf, ob neben jenen Geschwisterkindern noch andre nicht zur Succession gelangende Seitenverwandten da sind oder nicht [11]).

3) in der dritten Klasse der Erbberechtigten halbbürtige Geschwister allein und Neffen und Nichten allein in capita, neben einander in stirpes [12]);

4) in der vierten Klasse die Erbberechtigten stets in capita [13]).

---

10) Konsequent wäre daher die Theilung in stirpes. Ueber das Verhältniß des Speyerer Reichsabschiedes zur Nov. 118, vgl. Glück, Intestaterbfolge S. 664 ff.; Büchel, Streitfragen S. 190—217.

11) Karl V. will nach seinen ausdrücklichen Worten durch jenes Reichsgesetz alle entstandenen Zweifel, „ob eines verstorbnen Bruders oder Schwester Kinder, desselben ihres Vaters oder Mutter Bruder oder Schwester nachgelassene Erbschaft unter sich in die Stämme theilen sollen", beseitigen, und wenn dennoch einige dieses Gesetz für unanwendbar erklären und eine divisio in stirpes wollen, sobald halbbürtige Geschwister oder deren Söhne und Töchter oder andre Seitenverwandte existiren, so übersehen sie, daß jene Zweifel sich auch auf diese Fälle erstreckten und also auch sie beseitigt sind, vgl. Glück, loc. cit. S. 686 f., Büchel, loc. cit. S. 215 f.

12) Nov. 118. cap. 3. Die dabei in praxi häufig festgehaltne Meinung, es müßten, wenn consanguinei und uterini zusammen succedirten, jene das väterliche, diese das mütterliche Vermögen als praecipuum erhalten und dann erst der Rest in capita vertheilt werden, widerspricht der Nov. sehr, die gar keinen Unterschied zwischen weiblicher und männlicher Linie macht und loc. cit. ausdrücklich das „sive per patrem solum sive per matrem" (§. 30) hervorgeht, vgl. Glück, Intestaterbfolge S. 710 ff. Vangerow, Pand. II. S. 66 f.

13) Nov. 118. cap. 3. §. 1.

Die Feststellung der Größe des Nachlasses bestimmt sich nach der Delationszeit.

B. Außerordentliche Successionsordnung.

§. 33.

Konkubinenkinder und ihre Mutter und arme Witwe.

Neben diesem angegebnen Intestaterbrechte der Verwandten ist aber noch das §. 22 aufgeführte Successionsrecht der Konkubinenkinder und ihrer Mutter und das §. 25 angeführte Recht der armen, undotirten Witwe in Betracht zu ziehen. Das Außerordentliche jenes Successionsrechtes liegt darin, daß es nie neben Intestaterben der ersten Klasse und nie neben der armen Witwe, wol aber neben allen übrigen Intestaterben und, wenn kein Erbe da ist, Statt hat, das Außerordentliche des Rechtes der armen, undotirten Witwe darin, daß sie neben Intestaterben aller Klassen sowie, wenn sich kein Erbe findet, ihren Anspruch auf die ihr zukommende Quote geltend machen und ihn gewiß auch nach Analogie der Nov. 53. cap. 6. (vgl. §. 25. Note 2.), wenn ihr der Mann auf keine Weise letztwillig etwas zugewendet hat, gegen die Testamentserben mit einer Personalklage verfolgen kann. Das Recht aber, mit der Inofficiositätsquerel gegen das Testament aufzutreten, hat sie nicht (§. 78. a. E.) [1].

Zweiter Abschnitt: Testamentarische Erbfolge.

§. 34.

Anordnung des Folgenden.

Die dargestellte Intestaterbfolge tritt erst dann ein, wenn gewiß ist, daß der Erblasser überhaupt ohne Testament gestorben oder das errichtete Te=

1) Vgl. Glück loc. cit. S. 472; Vangerow, Pand. II. S. 318 ff.

stament entweder von Anfang an rechtsungiltig gewesen oder doch hinterher, sei es aus rechtlicher Nothwendigkeit, sei es in Folge willkürlicher Aufhebung durch den Testator (§§. 65—72), rechtsungiltig geworden ist[1]). Es fragt sich also vor allem, ist ein Testament vorhanden, dann, ist es giltig errichtet, und wenn, ist es hinterher nicht wieder fortgefallen. Da aber die Giltigkeit des Testaments von der Fähigkeit der dabei in Betracht kommenden Personen (testamenti factio), von Beobachtung der gesetzlichen Errichtungsform und vom Inhalte des Testaments abhängt, so ist zuerst der Begriff des Testaments festzustellen und sind dann die testamenti factio, die Testamentsformen, der Inhalt des Testaments und das Wegfallen desselben zu untersuchen.

I. Begriff des Testaments.

§. 35.

Testament und Kodizill.

Das Testament im weiteren Sinne des Wortes ist die letztwillige Verfügung einer Person darüber, wie es nach ihrem Tode mit ihrem Vermögen, mit ihrer familia, gehalten werden soll, also die besondre lex de familia defuncti[1]) (§. 5), im engeren Sinne aber bildet das Testament den Gegensatz zum Ko-

---

1) Pr. Inst. de hered. quae ab int. 3, 1. „Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit aut non iure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit.“

1) So Modest. L. 1. Dig. Qui test. fac. 28, 1: „Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit“, und §. 41 unten in der Formel des familiae emptor „Familia pecunique tua“; Ulp. 20, 1 (vgl. pr. Inst. de test. ordin. 2, 10) erklärt etymologisch irrig: Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat.

dizill und bezeichnet dann diejenige letztwillige Verfügung, welche eine Erbeseinsetzung enthält, also die Verfügung über die direkte Succession, während der Kodizill weder Erbeseinsetzung noch Enterbung enthalten kann [2]). Ob nun eine letztwillige Verfügung als Testament oder als Kodizill gelten soll und kann, darüber entscheidet die Uebereinstimmung der Absicht des Verfügenden mit der Beobachtung der gesetzlichen Form. Wollte der Verfügende ein Testament machen und nicht einen Kodizill, so gilt die Verfügung gar nicht, wenn bloß der Kodizillform Genüge geleistet ist, und war ein Kodizill beabsichtigt, so gilt auch dieser nicht, wenn der gesetzlichen Form nicht genügt ist [3]).

II. Testamenti factio.

§. 36.

Begriff der Testamenti factio.

Das Testament erfordert, um giltig zu sein, zunächst Fähigkeit der dabei in Betracht kommenden Personen: des Testators, der letztwillig zu Honorirenden und der Testamentszeugen. Dieses Erforderniß bezeichnen die Römer mit dem Ausdrucke testamenti factio und verstehen darunter die Fähigkeit zur Testamentserrichtung, das ius testamenti faciendi [1]), die Fähigkeit, letztwillig honorirt werden zu können [2]), und die Fähigkeit, als

---

2) Die heredis institutio ist daher „quasi caput et fundamentum totius testamenti" (§. 34. Inst. de leg. 2, 20). Marcell. L. 3. Dig. de his quae in test. del. 28, 4: Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet; §. 2. Inst. de codic. 2, 25.

3) Ulp. L. 1 Dig. de iure codic. 29, 7.

1) Gai. 2, 113; 3, 72; Paul. S. R. III. 4. A. §. 9; Ulp. L. 1. pr. Dig. de mil. test. 29, 1.

2) Gai. 2, 218; Ulp. 16, 1; 22, 1; Pomp. L. 16. pr. §. 1. Dig. Qui test. fac. p. 28, 1.

Zeuge bei der Testamentserrichtung mitwirken zu können [3]). Gemeinrechtlich aber bezieht man die testamenti factio nicht mehr auf die Zeugenqualität, sondern unterscheidet nur zwischen der s. g. testamenti factio activa, d. h. der Fähigkeit, ein Testament errichten zu können, und der s. g. testamenti factio passiva, d. h. der Fähigkeit, letztwillig honorirt werden zu können. Beide sind publici iuris [4]) und wirken, wo sie fehlen, Nichtigkeit der daran leidenden Verfügung. Den Gegensatz zur testamenti factio bildet die Intestabilität [5]).

§. 37.

S. g. Testamenti factio activa.

Ein Testament machen kann also nur derjenige, der die s. g. testamenti factio activa, die Fähigkeit hat, durch seine solenne Willensäußerung über sein Vermögen letztwillig zu verfügen. Das Testament setzt daher Dispositionsfähigkeit des Testirers voraus und so sind aus natürlichen Gründen testirungsunfähig:

1) die furiosi, so lange der furor dauert; in den lichten Zwischenräumen aber können sie testiren [1]);
2) die gerichtlich interdicirten Verschwender [2]);
3) die Unmündigen [3]). Mit erreichter Mündigkeit [4]) können sie sofort testiren, früher nicht, auch nicht tutore auctore [5]). Das vor der Mündigkeit errichtete

---

3) Ulp. 20, 2; §. 6. Inst. h. t. 2, 10. So hatten beim Mancipationstestamente (§. 41) nur die cives Romani testamenti factio.

4) Pap. L. 3. Dig. h. t. 28, 1: Testamenti factio non privati sed publici iuris est.

5) Vgl. §. 15. Note 2.

1) §. 1. Inst. Quib. n. est perm. 2, 12.

2) §. 2. Inst. eod.

3) §. 1. Inst. eod.

4) Ulp. L. 5. Dig. h. t. 28, 1.

5) Das wäre ja nicht des Pupillen Verfügung.

Testament gilt gar nicht, wenn es auch der pubes Gewordne hinterher genehmigt [6]). Der Mündigkeitstermin aber ist seit Konstantin's const. 5. Cod. h. t. 6, 22. auch für die spadones, die nach klassischem Rechte erst mit erreichtem 18. Jahre testiren konnten [7]), der allgemeine;

4) die Taubstummgebornen. Während vor der Justinianischen const. 10. Cod. h. t. der Taube und Stumme, mochte er taub oder stumm geboren oder durch Krankheit oder Unfall geworden sein, als paganus nur in Folge kaiserlicher Erlaubniß, sonst gar nicht testiren konnte [8]), erklärt jene Konstitution nur die Taubstummgebornen für testirungsunfähig, gestattet dagegen den durch Krankheit oder Unfall Taubstummgewordnen sowie dem bloß Stummen die Errichtung eines schriftlichen Testamentes unter der Voraussetzung, daß sie es eigenhändig niederschreiben, und dem bloß Tauben auch die Errichtung eines mündlichen Testaments. Dem entsprechend bestimmt die Notariatsordnung Maximilian's I. v. J. 1512. tit. von den Testam. §. 4: „Item es gehört zu einem jeden Testament, daß der oder die, so Testament machen, mit verständlichen Worten reden oder aber schreiben können; denn welcher deren keins könnte, der wird darin einem Todten gleich geachtet und mag [d. h. kann] kein Testament machen". So bedarf denn sowol nach der Notariatsordnung wie nach Justinianischem Rechte der schreibens**unkundige** Stumme und Taubstummgewordne und

6) Vgl. meine Ratihabition S. 13.

7) Paul. S. R. III. 4. A. §. 2.

8) Ulp. 20, 13; Gai. L. 6. §. 1; Pomp. L. 16. pr., Macer L. 7. Dig. h. t. 28, 1.

auch wol der schreibenskundige Taubstummgeborne [9]) zur Testirung der landesherrlichen Erlaubniß. Andre Krankheiten und Gebrechen wie Blindheit, Altersschwäche und dergl. heben, so weit dadurch die Willensfähigkeit nicht aufgehoben ist, auch die testamenti factio nicht auf [10]);

5) die Hauskinder in Betreff ihrer Adventicien. Ueber ihr peculium castrense und quasi castrense, in Betreff welcher sie als patres familias gelten, können sie testiren, über ihr adventicisches Vermögen, sei es s. g. reguläres oder irreguläres, nicht [11]), auch nicht mit dem Willen des Vaters [12]), da die

---

9) Vangerow, Pand. II. S. 78; andrer Meinung Glück im Komm. Bd. 33. S. 371 ff. und Puchta's Pand. §. 463. Nr. 7.

10) §. 4. Inst. h. t. 2, 12; LL. 2, 10, 17. Dig. h. t. 28, 1. vgl. unten §. 46.

11) Iustin. L. 11. Cod. h. t. 6, 22. „Nullo etenim modo hoc eis permittimus, sed antiqua lex per omnia conservetur, quae filiis familias nisi in certis casibus testamenta facere nullo modo concedit"; pr. Inst. h. t. 2, 12. „Praeter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi castrense habent, si quis alius filius familias testamentum fecerit, inutile est, licet suae potestatis factus decesserit." Dennoch erklären manche mit Berufung auf Nov. 117. cap. 1. die Hauskinder in Bezug auf ihr s. g. irreguläres adventicisches Vermögen für testirungsfähig, indem sie die Worte „καθ' ὃν βούλονται τρόπον διοικεῖν" („quo volunt modo disponere" Vulg. „quo velint modo administrandi facultatem habeant" Hombergk.) auch auf Verfügungen mortis causa beziehen, während das διοικεῖν (vgl. die in Glück, Komment. Bd. 34. S. 130. Note 69 gesammelten Stellen) doch immer nur auf Verfügungen inter vivos geht und die Nov. daher nicht von der testamenti factio redet, sondern dem großjährigen Kinde nur die Verwaltung seines irregulären adventicischen Vermögens überweist. Vgl. außer Glück loc. cit. Puchta, Pand. §. 463. Note q., Vangerow, Pand. II. S. 79.

12) L. 25. §. 1. Dig. de mort. caus. don. 39, 6.

testamenti factio publici, nicht privati iuris ist. Das gilt gemeinrechtlich [13]) unverändert.

Das römische Recht stellt aber außer diesen auch bei uns geltenden natürlichen Intestabilitätsfällen noch andre wegen Beschränkung des commercium oder wegen erlittner capitis diminutio maxima und media oder zur Bestrafung auf, indem es aus jenem ersten Grunde die Latini Iuniani und dediticiorum numero so gut wie die Peregrinen [14]), aus jenem zweiten Grunde die in feindlicher Gefangenschaft Befindlichen [15]), die den captivi gleichgestellten obsides [16]), die mit der aqua et igni interdictio und in insulam deportatio Bestraften und die in Folge rechtskräftiger [17]) Verurtheilung zu einer Kapitalstrafe poenae servi Gewordnen [18]), und endlich zur Strafe die ob carmen famosum verurtheilten Pasquillanten [19]), die Apostaten und Häretiker [20]) und die wegen Incestes mit Vermögenskonfiskation Bestraften [21])

13) Anders partikularrechtlich, z. B. Pr. Landrecht I. Tit. 12. §. 18. Die häufig angenommne Beziehung des cap. 4. in VI°. de sepultur. 3, 12 auf die Testamente, nach welcher dann der Haussohn mit Einwilligung seines Vaters über seine Adventicien zu milden Zwecken testiren könnte, ist wol irrig; die Stelle bezieht sich auf mortis causa donationes (Note 12), vgl. Glück l. cit. S. 140.

14) Gai. 1, 23, 25; Ulp. 20, 14; 22, 2 sq.

15) Das vor derselben errichtete Testament aber galt nach der fictio legis Corneliae als im letzten Momente der Freiheit gemacht. §. 5. Inst. h. t. 2, 12; Gai. L. 8. pr. Dig. h. t. 28, 1.

16) L. 31 sq. Dig. de J. F. 49, 14.

17) Siehe daher Marcian. L. 13. §. 2. Dig. h. t. 28, 1.

18) Gai. L. 8. cit. §§. 1—4. eod. Ausnahme für die Soldaten Ulp. L. 6. §. 6. Dig. de iniusto 28, 3.

19) Ulp. L. 18. §. 1. Dig. h. t. 28, 1.

20) L. 4. §. 5. Cod. de haer. 1, 5.

21) Die Nov. 12. cap. 1. und 2. bestimmt nämlich, die frühere L. 6. Cod. de incestis et inut. nupt. 5, 5 abändernd, daß diese Personen sofort ihr Vermögen an ihre legitimen Descendenten und in Ermanglung solcher an den Fiskus herausgeben sollen.

für testirungsunfähig erklärt. Aber alle diese Intestabilitäten gelten gemeinrechtlich nicht mehr, da das gemeine Recht den Begriff des commercium und der capitis diminutio mit ihren Folgen [22]) im römischen Sinne nicht mehr kennt (vgl. §. 15 Nr. 3), die Strafbestimmung für den Pasquillanten durch Artikel 110. der Karolina [23]) und gleichfalls die für die Apostaten und Häretiker (vgl. §. 15 Nr. 4) und für den Incest außer Praxis gekommen ist [24]). Auch die kanonisch rechtliche Bestimmung [25]), nach welcher die manifesti usurarii, d. h. die Zinsnehmer [26]), falls sie die gezognen Zinsen nicht restituirt oder wegen der Restitution genügend kavirt haben, kein giltiges Testament machen können, gilt gemeinrechtlich nicht mehr, da das kanonische Zinsverbot gegen das entgegenstehende deutsche Gewohnheitsrecht nicht durchgedrungen und Zinsennehmen kein Verbrechen ist. So kennt das gemeine Recht nur jene 5 natürlichen Intestabilitätsgründe.

---

22) Vgl. Wächter im Archiv für civil. Praxis (Heidelberg) Bd. 17. S. 427 ff.

23) Die C. C. C. setzt nicht einmal für die strafbarste Art des Pasquills, für die Schmähschrift (libellus famosus), Intestabilität fest, und deshalb hat auch die Praxis eine Testirunfähigkeit des Pasquillanten nicht anerkannt. Wächter loc. cit. S. 437 f., andrer Meinung Vangerow, Pand. II. S. 82 a. E.

24) Wächter loc. cit. S. 434 ff.

25) Gregor X. cap. 2. §. 1. in VI°. de usur. 5, 5: Testamenta manifestariorum usurariorum aliter facta [i. e. nisi de usuris satis fecerint vel de satis faciendo praestent idoneam cautionem; also nicht allgemein] non valeant sed sint irrita ipso iure.

26) Nicht Zinswucherer; usurarii sind alle gegen das kanonische Verbot des Zinsennehmens Handelnden. Die Reichsgesetze haben besondre Strafen für den Zinswucher, aber unter diesen nicht die Intestabilität.

§. 38.

S. g. testamenti factio passiva.

Wie der Testator die s. g. testamenti factio activa, so muß, soll das Testament giltig sein, die in ihm zu honorirende Person die s. g. testamenti factio passiva, die testamenti factio cum testatore die Successionsfähigkeit (§. 15) haben und zwar nicht bloß zur Zeit der Testamentserrichtung, sondern auch von der Zeit der Delation an ununterbrochen bis zur Zeit der geschehnen Adquisition der Erbschaft, während ihr eine nach der Testamentserrichtung eingetretne, aber vor der Delation wieder gehobne Successionsunfähigkeit hier (§. 15 a. E.) nicht schadet. Fehlt ihr die Successionsfähigkeit, so ist die Erbeseinsetzung nichtig und kann, quia testamenti factio non privati sed publici iuris est, wenigstens vom paganus auch nicht durch Hinzufügung der Bedingung, daß der Eingesetzte später successionsfähig werde, aufrecht erhalten werden; die zu Gunsten eines Successionsunfähigen getroffene Verfügung gilt beim paganus durchaus pro non scripto [1]). Der Soldat freilich (§. 5 Note 6) kann einen Unfähigen selbst ohne die Bedingung seiner späteren Fähigkeit einsetzen und die Einsetzung wird dann mit eingetretner Fähigkeit rückwärts giltig [2]). Für die testamentarische Erbfolge in den Nachlaß des paganus aber erklärt das römische Recht außer den §. 15 Nr. 1—5 Angeführten gewisse Personen für absolut, andre für relativ successionsunfähig, so daß jene überhaupt nicht eingesetzt werden können und die Einsetzung dieser beschränkt ist.

1) LL. 3. §. 2, 4 sq Dig. de his quae pro non script. 34, 8. Dem widerstreitet auch nicht Modest. L. 62. pr. Dig de hered. instit. 28, 5, da er von der capacitas, von der Erwerbsfähigkeit (vgl. §. 15 Note 2) redet (Lucius Titius, cum capere potuerit, heres esto).

2) L. 13. §. 2. Dig. de test. mil. 19, 1.

§. 39.

Absolute Successionsunfähigkeit.

Absolut successionsunfähig sind nämlich außer den §. 15 Nr. 1—5 Angeführten nach römischem Rechte

1) die das Trauerjahr verletzende Witwe oder Geschiedne, deren Erbfähigkeit aber das gemeine Recht auf Grund des kanonischen (§. 15 Note 12 und 13) beseitigt hat;

2) nach altrömischem Rechte alle incertae personae, „quoniam certum consilium debet esse testantis“ [1]). Incertae aber sind diejenigen Personen, die sich der Testator nicht als bestimmte Individuen vorstellen kann (quas per incertam opinionem animo suo testator subicit) [2]), also die postumi, ae, weil sie bei der Testamentserrichtung noch nicht als selbstständige Organismen existiren [3]), die juristischen Personen, weil ihnen als solchen die leibliche Individualität fehlt, und die so undeutlich bezeichneten physischen Personen, daß man nicht weiß, wer eingesetzt oder mit einem Vermächtniß bedacht ist [4]). Da jedoch die Letzteren an sich nicht eigentlich successionsunfähig sind, ihre Einsetzung und Honorirung vielmehr nur wegen der incerta demonstratio nicht gilt und daher durch certa demonstratio giltig zu machen ist, so bleiben als eigentliche incertae personae und wegen dieser incer-

---

1) Ulp. 22, 4; dasselbe für die Legate Gai. 2, 238 und §. 25. Inst. de leg. 2, 20.

2) Gai. und Inst. loc. cit.

3) Die verschiednen Gründe s. Mühlbruch-Glück, Komment. Bd. 39. S. 362—373.

4) Z. B. Qui primus ad funus meum venerit; qui post testamentum consules designati erunt. Ulp. L. 9. §. 9; Mod. L. 62. §. 1. Dig. de hered. inst. 28, 5.

titudo im altrömischen Rechte successionsunfähig nur die postumi und die juristischen Personen übrig.

a) Die Postumi [5]). Diese waren mit Rücksicht auf ihr Erbrecht entweder postumi sui oder alieni, jene die postumi mit dem Rechte, diese die postumi ohne das Recht eines suus heres [6]), beide ursprünglich successionsunfähig. Zur Vermeidung der Rupturen des Testaments durch Agnation eines postumus (§. 67) aber ließ das Civilrecht schon zur Zeit der klassischen Juristen die Erbeseinsetzung und Honorirung der postumi sui zu, zunächst zwar nur der nach dem Tode des Testators gebornen filii, dann in Folge der aquilischen Einsetzungsformel [7]) auch der nach dem Tode des Testators gebornen *nepotes* postumi sui und seit der l. Iunia Velleia (763 a. u.) auch aller noch bei Lebzeiten des Testators gebornen postumi *sui*, während die Einsetzung und Honorirung [8]) der postumi alieni, deren Agnation das Testament nicht rumpirte, civilrechtlich noch ungiltig blieb [9]). Nur der Prätor gab auch ihnen die contra und secundum tabulas B. P. und berücksichtigte auch sie bei der intestati B. P. Unde liberi (§. 7) [10]). Justinian aber machte durch die uns nicht

---

5) Vgl. Mühlbruch-Glück, Komment. Bd. 39. S. 362—423. Heumann, über die Erbfähigkeit der postumi in Ztschr. f. Civilrecht und Prozeß (Gießen) Bd. 19. S. 289 ff.

6) Gai. 2, 241.

7) L. Gallus (l. 29. Dig. de liber. et post. 28, 2). Vgl. Francke, Notherbenrecht S. 23 ff.

8) Wenigstens in der strengen civilen Form des legatum Gai. 2, 287.

9) Gai. 2, 242.

10) Pr. Inst. de B. P. 3, 9. Wenn dennoch Justinian §. 28. Inst.

erhaltne constitutio de incertis personis [11]) dieses prätorische Recht der postumi alieni zu einem civilrechtlichen, und so sind denn alle nachgebornen Descendenten [12]) des Testators ohne Rücksicht auf Suitätsrechte successionsfähig. Nur die postumi einer solchen Frau, die wegen entgegenstehendes Ehehindernisses unsre legitime Ehefrau nicht sein kann („nisi in utero eius sit, quae iure nostro uxor esse non potest"), können, da eine solche Einsetzung turpis wäre, nicht giltig eingesetzt werden [13]).

b) Die juristischen Personen [14]). Von ihnen kommen für das Erbrecht die Korporationen, Kirchen und milden Stiftungen in Betracht. Die Korporationen, unter ihnen vor allen die Stadtgemeinden waren, „quoniam incertum corpus est" [15]), ursprünglich ganz successionsunfähig, sie konnten weder zu Er-

---

de leg. 2, 20 sagt: „Postumus alienus heres institui et antea poterat et nunc potest", so kann sie das nur auf diese prätorischen Erbenqualität beziehen; eigentlicher heres war er nicht, nur fiktizischer als bonor. poss.

11) Restituirt aus §. 27. Inst. de leg. 7, pr. Inst. de B. P. und des Photius Nomocanon (vgl. Wiener Ztschr. f. g. R.-W. Bd. 7. S. 310 f.) von Contius 1562 und als l. un. de incert. pers. in den Just. Codex 6, 48 aufgenommen.

12) Aber nur diese, nicht, wie Mühlenbruch loc. cit. will, jeder zur Zeit der Testamentserrichtung resp. der Todeszeit des Testators noch ungeborne, dem Testator gar nicht verwandte Mensch (Heumann loc. cit. S. 338 ff). Darnach kann denn auch der Vater seine nachgebornen unehelichen Kinder, weil sie sine patre sind, (nicht etwa wegen einer turpitudo) nicht einsetzen.

13) §. 28. Inst. de leg. 2, 20; Ulp. L. 9. pr. und §§. 1. 3. Dig. de liber. et post. 28, 2.

14) Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 39. S. 423 ff. Dirksen, Civilistische Abhandlgg. Bd. II. S. 1—143.

15) Ulp. 22, 5.

den eingesetzt noch mit Legaten bedacht werden [16]), und auch die B. P. war ihnen wol ursprünglich verschlossen, weil ihnen die zur Agnition erforderliche Willens- und, streng genommen, auch die Besitzerwerbsfähigkeit fehlte [17]). Erst ein S. C. legte den Stadtgemeinden die Fähigkeit bei, von ihren Freigelassenen [17a]) zu Erben eingesetzt werden zu können, dann ein andres S. C. [18]) die Fähigkeit zum fideikommissarischen Erwerbe, und seit Nerva wurden sie auch in Betreff der Legate für successionsfähig erklärt [19]). Diese Fähigkeit zur indirekten Succession gab dann ein Reskript Antonin's [20]) auch den kleinern Ortsgemeinden und ein S. C. unter Mark Aurel allen erlaubten Korporationen [21]) („corpori, cui licet coire"). Die Fähigkeit zur direkten Succession aber fehlte mit Ausnahme des Note 17a angegebnen Falles den Städten und andern Korporationen noch immer; nur privilegiarisch wurde sie ihnen beigelegt [22]), bis im Jahre 469 Leo's const. 12. Cod. de her. inst. sie für die Stadtgemeinden allgemein anerkannte. Für die übrigen Korporationen blieb es dagegen beim bisher giltigen Rechte, und

16) Gai. 2, 287.

17) Ulp. L. 1. §. 1. Dig. de libert. universit. 38, 3. Dirksen, loc. cit. S. 130 f.

17a) Ulp. 22, 5.

18) Paul. L. 26. Dig. ad S. C. Trebell. 35, 1. nennt es Apronianum.

19) Ulp. 24, 28.

20) Gai. L. 73. §. 1. Dig. de leg. I°.

21) Paul. L. 20. Dig. de reb. dub. 34, 5.

22) Diocl. et Max. L. 8. Cod. de hered. inst. 6, 24 (a. 290): „Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est". cf. Gai. L. 1. pr. Dig. Quod cuiusque univ. 3, 4.

daran hat auch Justinian's const. de incertis personis nichts geändert, denn die Meinung, es habe jene const. allen erlaubten Korporationen Erbfähigkeit verliehen, ist irrig, vielmehr verordnet jene const., soweit sie uns aus des Photius Nomocanon tit. II. cap. I. bekannt ist, nur, daß das einer erlaubten Korporation Zugedachte unter deren einzelne Mitglieder nach Kopftheilen vertheilt werden soll, wenn nicht der Testator etwas andres bestimmt hat, also — das gerade Gegentheil — daß eine solche Korporation an sich nicht successionsfähig sei [23]). So können denn auch gemeinrechtlich nur die Stadtgemeinden als allgemein successionsfähig gelten, die übrigen Korporationen nur so weit, als ihnen der Stat die Successionsfähigkeit zuerkannt hat.

Die christliche Kirche erklärte schon Konstantin [24]) für erbfähig und Justinian traf L. 26. Cod. de sacros. eccles. 1, 2. (a. 530) [25]) Anordnungen für die verschiednen der Kirche zugedachten testamentarischen Verfügungen, und da die milden Stiftungen (piae causae) meistens unter kirchlicher Obhut standen, die Einsetzung und Honorirung einer pia causa eigentlich als eine Verfügung zu Gunsten der Kirche betrachtet wurde, so war mit der Successionsfähigkeit der Kirche auch die der milden Stiftungen anerkannt und ist niemals bezweifelt worden. Aber die Meinung, es könne eine noch nicht existente milde Stiftung zur Erbin eingesetzt werden, weil sie nach L. 46. Cod. de episcop. et cler. 1, 3. schon durch die Einsetzung juri-

23) Mühlbruch-Glück loc. cit. S. 434 ff.

24) L. 4. Theod. Cod. de episc. 16, 2. = L. 1. Iust. Cod. de sacros. eccl. 1, 2.

25) Wiederholt und ergänzt in Nov. 131. cap. 9. (a. 544).

stische Persönlichkeit erlange, ist unhaltbar, denn jene Konstitution sagt nur, daß einer milden Stiftung Vermachte sei giltig und solle jedes Falls von den Erben geleistet, eventuell von den Ortsbischöfen im Sinne des Testators verwendet werden [26]). Wie alle andern juristischen Personen, so erlangt auch eine noch nicht existente pia causa juristische Persönlichkeit nur durch Anerkennung Seitens des Stats, und vor dieser Anerkennung kann sie nicht, selbst nicht unter der Bedingung ihrer späteren Existenz, als Erbin, sondern nur als Universalfideikommissarin eingesetzt werden. — Die Einsetzung der Armen, Kranken und Gefangenen läßt das römische Recht zu und legt eventuell den Ortsbischöfen resp. den Vorstehern der Armen-, Kranken- und Gefangenhäuser die Sorge für Vollziehung des letzten Willens auf [27]).

§. 40.

Relative Successionsunfähigkeit.

Nicht absolut erbunfähig, sondern nur in ihrer Successionsfähigkeit beschränkt, relativ unfähig, sind dagegen die Konkubinenkinder nebst ihrer Mutter, der wiederheirathende Gatte, der princeps, wenn er litis causa eingesetzt ist, und die Testamentszeugen.

1) Die Successionsbeschränkung der Konkubinenkinder und ihrer Mutter führten zuerst Arkadius, Honorius und Theodosius im J. 405 durch die const. 6. Theod. Cod. de natur. fil. 4, 6. ein, in der sie bestimmten, der Vater könne in Ermanglung legitimer filii et nepotes ex filio und wenn

26) Ueber den Städelschen und Blumschen Erbschaftsstreit siehe Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 40. S. 89 ff. und die dort citirten Schriften.

27) LL. 24, 28, 49. Cod. de episcop. et cler. 1, 3 und Nov. 131. cap. 11.

keine Mutter am Leben, seinen Konkubinenkindern oder deren Mutter $^3/_{12}$, sei aber legitime Descendenz und eine Mutter da, nur $^1/_{12}$ des Nachlasses letztwillig zuwenden. Diese Konstitution ging mit einigen Abänderungen als L. 2. in den Justinianischen Cod. de natur. lib. 5, 27. über, bis Justinian durch Nov. 89. cap. 12. §§. 2. und 3. (a. 539) die Erbfähigkeit der Konkubinenkinder und deren Mutter definitiv dahin bestimmte, daß der Vater, wenn legitime Descendenz vorhanden, jenen nur $^1/_{12}$, der Konkubine allein nur $^1/_{24}$ letztwillig zuwenden könne und das mehr Zugewendete den legitimen Kindern zufallen solle. Seien keine legitimen Descendenten, wol aber pflichttheilsberechtigte (!) Ascendenten da, so sollten diese ihren Pflichttheil erhalten, und das Uebrige könne den Konkubinenkindern zugewendet werden, und seien auch keine pflichttheilsberechtigten Ascendenten da, so sollten die naturales liberi und die Konkubine ganz unbeschränkt successionsfähig sein. Konsequent müßte diese auf den römisch rechtlich erlaubten Konkubinat, auf die naturales liberi im engern Sinne des Worts, berechnete Bestimmung gemeinrechtlich nicht mehr gelten, dennoch wendet sie die hierüber schwankende Praxis hier und da auf uneheliche Kinder an [1]) (vgl. §. 22).

2) Wer zu einer zweiten, dritten u. s. w. Ehe schreitet, kann nach L. 6. Cod. de sec. nupt. 5, 9. und Nov. 22. cap. 27. seinem neuen Ehegatten testamentarisch nicht mehr zuwenden, als jedes Kind früherer Ehe bekommen hat, und wenn die Theile dieser

---

1) Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 39. S. 328 ff.

Kinder ungleich sind, nicht mehr, als dem wenigst erhaltenden Kinde zugefallen ist. Das mehr Zugewendete fällt den Kindern ersterer Ehe nach Kopftheilen zu.

3) Der princeps kann nicht litis causa eingesetzt werden, d. h. nicht in der Absicht, seinem Gegner durch die Einsetzung des Regenten einen mächtigeren Gegner im Prozesse vorzuschieben, um so Rechtsansprüche durchzusetzen, und nicht in der Absicht, ein an sich imperfectes Testament durch diese Einsetzung aufrecht zu erhalten (also hier eigentlich litis vitandae causa); die Einsetzung ist als turpis nichtig [2]). Daß die Einsetzung des Regenten in letzterer Absicht auch gemeinrechtlich nichtig ist, ist unzweifelhaft, ob aber auch die in ersterer Absicht, wird von manchen bestritten [3]).

4) Die Unfähigkeit der Testamentszeugen, zu Erben in diesem Testamente, bei dem sie mitgewirkt haben, eingesetzt werden zu können, siehe §. 42. Nr. 5 und 6.

III. Testamentsformen.

A. Privattestamente.

§. 41.

Vorjustinianisches Recht.

Entsprechend der Bedeutung des Testamentes als lex specialis (privata) de familia defuncti (§. 35) war die älteste Form desselben die einer lex und zwar entweder einer lex curiata oder centuriata. Das in Kuriatkomitien, deren Mitglieder einzeln zweimal im

2) §. 8. Inst. Quib. mod. test. infir. 2, 17; Paul. L. 91. Dig. de hered. inst. 28, 5.

3) Mühlenbruch - Glück loc. cit. S. 322, vgl. dessen Cession S. 328 ff.

Jahre ad testamenta ordinanda geladen (calari) wurden, errichtete Testament hieß calatis comitiis conditum und war bestimmt für diejenigen, qui in pace et in otio faciebant testamentum; das in Centuriatkomitien d. h. vor dem exercitus vocatus errichtete hieß in procinctu conditum (procinctus est enim expeditus et armatus exercitus) und war bestimmt für die in proelium exituri. Daneben aber trat eine dritte Form, welche bald jene beiden verdrängte und zu Gaius' und Ulpian's Zeiten die einzige Testamentsform war: das testamentum quod per aes et libram agitur, das Mancipationstestament auf. Dieses bestand aus der familiae mancipatio und der testamenti nuncupatio. Der Testator mancipirte nämlich in Gegenwart von 5 cives Romani puberes als Zeugen und dem libripens seine familia einem Freunde, dem familiae emptor, mit der Bitte, die Vertheilung des Nachlasses seinem letzten Willen gemäß vorzunehmen; jener mancipio accepit mit den Worten: familia pecuniaque tua endo mandatelam tutelam custodelamque meam quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere [aeneaque libra] esto mihi empta, und nun folgte die nuncupatio, die solenne Erklärung des Testators: haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote, auf welche Aufforderung (suprema contestatio) dann jeder Zeuge sein Zeugniß sofort ablegte [1]). Der familiae emptor trat durch diese mancipatio ursprünglich an die Stelle des Erben, später ließ man jedoch die Einsetzung eines heres, auf den nun die Pflicht zur Vertheilung des Nachlasses überging, zu und behielt den familiae emptor nur der Form wegen propter

1) Paul. S. R. III. 4 A.; Nov. Theod. II. tit. XVI. (ed. Haenel. pag. 60).

veteris iuris imitationem bei. Weil aber der ganze Akt der Testamentserrichtung ursprünglich ein Rechtsgeschäft zwischen dem Testator und familiae emptor war, so ließ man auch später, nachdem die Erbeseinsetzung aufgekommen, die in der potestas des Testators oder des familiae emptor stehenden Personen als Zeugen und Wagenhalter nicht zu [2]). Mit der suprema contestatio und dem solennen Zeugenzeugnisse war nun freilich das errichtete Testament iure factum, aber zur Feststellung der Identität der Urkunde, zum Beweise der Echtheit des Testaments forderte das Civilrecht noch die Besiegelung desselben (signatio, obsignatio tabularum) durch wenigstens 7 Zeugen (die 5 Mancipationszeugen, familiae emptor und libripens) [3]), und erst das „non minus multis signis quam e lege oporteat obsignatum testamentum" fand volle Berücksichtigung, war perfectum [4]). Dieser durch die Besiegelung erbrachte Beweis der Echtheit der Testamentsurkunde genügte dem Prätor zur Ertheilung der secundum tabulas B. P. (§. 7. II.) und so trat, namentlich seit dem §. 9. Note 1. erwähnten Reskript Antoninus Karacalla's, die obsignatio gegen die familiae mancipatio immer mehr in den Vorder-

---

2) Gai. 2, 101—123; Ulp. XX; Inst. h. t. 2, 10.

3) Sueton. Nero cap. 4; Tiberius cap. 23. und 76; Cic. in Verr. I, 45 und dazu Iul. L. 7. Dig. de B. P. sec. tab. 37, 11. Gegen diese Zeugnisse kann man wol schwerlich der Notiz der Inst. h. t. §. 2. „iure civili signa testium non erant neccessaria" (dazu Theoph. Paraphr.) historische Beweiskraft zuerkennen.

4) So nehmen wir mit Leist, Die bon. poss. Bd. I. S. 155 ff. und Bachofen, Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts Nr. IX. S. 256—264 die Besiegelung als ein civilrechtliches Erforderniß an und können der Meinung derjenigen, die sie dem prätorischen Rechte zuschreiben und so ein eignes dem Mancipationstestament gegenüberstehendes prätorisches Testament annehmen, nicht beitreten.

grund. Die letztere verlor sich allmälig ganz; an die Stelle der solennen nuncupatio trat die einfache Erklärung, daß die vorliegende Urkunde den letzten Willen des Testirers enthalte, und da nun der familiae emptor und libripens überflüssig geworden, so blieben von dem alten Mancipationstestamente nur die 5 Zeugen, aus der obsignatio die Siebenzahl[5]). Diese beiden Testamente, das civile mit 5, das prätorische mit 7 Zeugen, erhielten sich neben einander bis auf Theodos II. Dieser aber beseitigte im J. 439 durch seine Testamentsnovelle (Note 1) jenes civile Testament ganz, erhob das Testament mit 7 Zeugen zur einzig giltigen Form (vgl. namentlich §. 2 und §. 6 der Nov.) [6]) und forderte so beim mündlichen wie beim schriftlichen Testamente die Gegenwart besonders rogirter 7 Zeugen, in deren Beisein der Testator das schriftliche Testament unter der Erklärung, daß die vorgelegte Urkunde seinen letzten Willen enthalte, unterschreibt und jeden der Zeugen zur Unterschrift auffordert. Die Unterschrift und folgende Besiegelung bilden den Schluß des Testiraktes (§. 5 der Nov.) [7]). Die Theodosia-

---

5) So erklärt sich die Konstantinische Konstitution L. 1. Theod. Cod. de test. ord. 4, 4, in der der Zeugen 7 oder 5 gefordert werden [nämlich 7 praetorio iure, 5 civili Theod. L. 7. Theod. Cod. eod.]; im Orient hatte anders als im Occident das civile Mancipationstestament nie Eingang gefunden (vgl. Bachofen loc. cit. S. 291).

6) Bachofen loc. cit. 297 ff.; Leist, Die bon. poss. Bd. II. Buch III. S. 106 ff. Dieser Meinung ist jetzt [frühere Arbeit in Ztschr. f. g. R.-W. Bd. I. S. 78 ff. und Vermischte Schrift. I. S. 127] auch Savigny [Nachtrag eod. S. 148 ff.] beigetreten. Die Nov. Valentinian. III. tit. XX. l. 1. §. 4. v. J. 446. [ed. Haenel. pag. 191, in der noch septem vel quinque testes erwähnt werden, erklärt sich daraus, daß jene Theodosianische Testamentsnovelle im J. 448. publicirt wurde, also erst von dieser Zeit an Gesetzeskraft erhielt.

7) Die Bestimmungen über den Testirakt sind zum größten Theile

nische Novelle ist als L. 21. in den Justinianischen Codex de testam. 6, 23. aufgenommen und so die regelmäßige Form der Privattestamente im Justinianischen und gemeinen Rechte entstanden. Nur die Bestimmung Valentinian's III., daß das vom Erblasser eigenhändig geschriebne Testament, das s. g. Holographentestament, keiner Zeugen bedürfe, ist, als im Orient nie publicirt, im Justinianischen Rechte nicht anerkannt worden [8]).

§. 42.

Justinianisches und gemeines Recht.

Das Justinianische und gemeine Recht fordert daher zur Errichtung jedes Privattestamentes, schriftlichen wie mündlichen, in der Regel die Gegenwart von sieben [1]) fähigen Sollennitätszeugen, welche zu diesem Akte besonders aufgefordert, rogirt [2]) und sämmtlich anwesend, „praesentes, coram testatore, uno eodemque loco, in conspectu testatoris“ [3]),

---

der L. 3. Theod. Cod. de testam. et eod. 4, 4 entlehnt (§. 2. „divi Constantini sanctionem“).

8) Nov. Valent. III. tit. XX. de testam. cap. 2. §. 1. (ed. Haenel. pag. 194): decernimus, ut quisquis per holographam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium habeat liberam facultatem...... si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus.

1) L. 21. Cod. de test. 6, 23. Notariatsordnung Max. I. 1512. Von Testamenten §. 2: „Und sollen die Notarien Auffmerkung haben, daß nach kaiserlichen Rechten zur Aufrichtung aller oder jetzt gemelten Testamenten aufs wenigst sieben Zeugen nöthig sind, zu denen der Notarius auch gezehlt wird.“

2) L. 3. §. 2. Th. Cod. de test. 4, 4: „ii, cur venerint, non ignorent; L. 21. Iust. Cod. h. t. 6, 23: „rogatis testibus septem numero“; N.-O. loc. cit. §. 3. „insonderheit zur Aufrichtung des Testaments berufen und genommen“.

3) L. 8. Cod. Qui test. fac. 6, 22; LL. 9. und 12. Cod. h. t. 6, 23.

im Angesicht des Testators, „alle an der derselben Statt"[4]) sein müssen, um sich von der Identität der Person des Testators zu überzeugen[5]). Daher sind unfähige Testamentszeugen

1) der impubes, furiosus und prodigus[6]);

2) der Taube und Stumme[7]);

und ferner aus besondern Gründen

3) die Frauen[8]) und nach der Notariatordnung tit. cit. §. 6. „die Hermaphroditen, die in dem fräulichen Gemächt fürtreffen"[9]);

---

4) N.-O. l. cit. §. 9. und §. 7.

5) Nur dieses, daß die Zeugen im Angesicht des Testators sein müssen, nicht, daß die Zeugen den Testator sehen müßten, sagen die Worte der L. 9. Cod. h. t.: „testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt", wie schon aus L. 12. Cod. eod. und noch deutlicher aus cit. L. 3. §. 2. Theod. Cod. de test. 4, 4 („ut et praesentes videant subscriptores") und aus Basil. de testam. XXXV. tit. II. §. VIII. (Heimb. tom. III. pag. 545) hervorgeht. Irrig erklären daher Manche den Blinden für durchaus unfähig zum Testamentszeugniß (so Puchta, Pand. §. 465. Glück, Kommentar XXXIV. S. 295 ff.), während ihm die Zeugnißfähigkeit doch nur ausdrücklich beim mündlichen Testamente eines Blinden (L. 8. Cod. Qui test. fac. 6, 22) abgesprochen ist. Man muß ihn daher wol bei allen übrigen mündlichen Testamenten, bei denen die Solennitätszeugen ja nur zu hören haben — und das kann doch auch der Blinde — für fähig, und nur beim schriftlichen Testament für unfähig halten, vgl. Marezoll in Ztschr. f. Civilrecht und Prozeß (Gießen) Bd. 4. S. 55—68; Vangerow, Pand. II. S. 142 f. Auch die Meinung, ein im Dunkel errichtetes Testament sei ungiltig, beruht auf der irrigen Annahme, daß die Zeugen den Testator sehen müßten; siehe dagegen L. 22. §. 6. Dig. Qui test. fac. 28, 1.

6) §. 6. Inst. h. t. 2, 10; LL. 18, 20. §. 4. Dig. eod. 28, 1.

7) §. 6. Inst. h. t.

8) §. 6. Inst. eod.; L. 20. §. 6. Dig. eod.

9) Ebenso L. 15. §. 1. Dig. de testibus 22, 5.

4) die zufolge Verurtheilung wegen Verbrechens für improbos intestabilesque (vgl. §. 37 a. E.) Erklärten [10]);

5) die in der potestas testatoris Stehenden. Testirt der filius fam. über sein kastrensisches peculium, so kann nach der Bestimmung der Gaian. und Justian. Institutionen (Gai. 2, 106; Iust. Inst. §. 9. h. t. 2, 10) weder dessen Vater, noch der mit ihm der väterlichen Gewalt Unterworfne Zeuge sein, weil sie dieses Zeugniß als domesticum testimonium auffassen; Ulpian und Marcellus (L. 20. §. 2. Dig. h. t. 28, 1.) dagegen lassen den Vater als Zeugen zu, weil der fil. fam. in Bezug auf das kastrensische pecul. als pater familias behandelt wird. So richtig das Letztere ist, so verändert doch das kastrensische Sondergut die bestehende patria potestas zwischen Vater und Sohn nicht, und da eben auf der bestehenden potestas die Unzulässigkeit des domesticum testimonium beruht, so verdient die Institutionenstelle wol vor der ihr widersprechenden Entscheidung des Marcellus den Vorzug [11]);

6) derjenige, welcher als Erbe eingesetzt werden soll oder wer in dessen potestas oder mit ihm gemeinsam in der potestas eines Dritten steht. Der Legatar und Fideikommissar, quia non iuris successores sunt, sind dagegen sowie die mit ihm durch potestas verbundnen Personen fähige Testamentszeugen [12]).

Dadurch übrigens, daß einer der rogirten Zeugen das Testament abfaßt, verliert er seine Zeugenfähigkeit nicht [13]).

---

10) §. 6. cit. Inst. h. t.; LL. 26, 18. §. 1. Dig. h. t. 28, 1.

11) Vgl. Glück, Kommentar Bd. 34. S. 368 ff.

12) §. 10 sq. Inst. h. t.

13) Auf diesen Zweifel bezog sich (vgl. Kämmerer, Beiträge zur Geschichte und Theorie des römischen Rechts 1817. S. 221) die Frage

Sind nun sieben fähige Zeugen gehörig rogirt und „alle an derselben Statt" versammelt, so muß in ihrer Gegenwart der solenne Testirakt „uno eodemque die, uno contextu actus, nullo actu interveniente", d. h. in ununterbrochner Zeitfolge und im ununterbrochnen Fortgange der zum Testirakte gehörigen Handlungen, ohne willkürliche Unterbrechung, ohne Einmischung fremdartiger Handlungen von Anfang bis zu Ende vorgenommen werden [14]); nur solche fremdartigen Handlungen, die sich wie Darreichung von Speise, Trank, Arzneien u. s. w. auf die Befriedigung der Leibesnothdurft, auf Erhaltung des Gesundheitszustandes des Testirers und der Zeugen beziehen, gelten nicht als störende Unterbrechungen des Testiraktes [15]). Der Testirakt aber beginnt nach römischem Recht beim schriftlichen Testamente mit der Erklärung des Testators resp. mit der Vorzeigung [16]) der schon vorher aufgesetzten

---

des Domitius Labeo an Juventius Celsus L. 27. Dig. h. t. 28, 1. Not.-Ordng. tit. cit. §. 2. init.

14) So schreibt die für den Orient publicirte, §. 41 erwähnte Testamentsnovelle Theodos II. tit. XVI. (Haenel. pag. 60) §. 4. (= L. 21. Iust. Cod. de testam. 6, 23) vor, vgl. auch Ulp. L. 21. §. 3. Dig. h. t. 28, 1. Ebenso die Notar.-Ordng. tit. cit. §. 7. „Alsdann desselben Tags und Zeit, ohn das einige andre auswendige Handlung .... darzwischen falle." Durch das „uno eodemque die" ist aber nicht, wie Marezoll (loc. cit. S. 70 ff.) meint, die Ausdehnung des Testiraktes über die Mitternacht, sondern nur die Unterbrechung desselben durch Verschiebung einzelner Solennitäten auf den folgenden Tag verboten. Die Nov. Valentin. III. tit. XX. cap. 2. §§. 3, 4 (ed. Haenel. pag. 194), welche das subscribere und signare „horis diversis" desselben Tages („sub unius diei spatio") gestattet, ist im Orient nicht publicirt worden.

15) Iustinian. L. 28. pr. Cod. h. t. 6, 23. Not.-Ordng. tit. cit. §. 7. „oder weil dann allein die Leibsnoth halben geschehe und klein were".

16) L. 21. pr. Cod. h. t.; nicht, was Manche (Seuffert, Pand. §. 525 Note 17) annehmen, mit der Rogation der Zeugen, die eine

Urkunde und dem Anerkenntniß, daß dieselbe den letzten Willen des Testators enthalte und schließt mit der Unterschrift und Siegelung des letzten Zeugen; beim mündlichen Testamente beginnt und schließt die Solennität mit dem Anfange und dem Ende der mündlichen Erklärung des letzten Willens. Da aber die Notariatsordnung tit. cit. §. 5. noch außerdem bei jedem Testamente, „ob es gleich nuncupativum als ohn Schrifft gemacht were", Vorlesung des über den Testirakt errichteten Protokolls fordert „vor dem Testirer und Zeugen, ehe dann sie von einander scheiden", so bildet gemeinrechtlich erst diese Vorlesung das Ende des Testiraktes und muß bis nach vollendeter Vorlesung die s. g. unitas actus gewahrt werden.

§. 43.

Schriftliches Testament.

Das Privattestament ist nun entweder ein schriftliches oder mündliches. Das schriftliche (test. quod in scriptis vel per scripturam conficitur) besteht seiner Form nach in der deutlichen Abfassung [1]) der die Erbeseinsetzung enthaltenden Urkunde, bei der das gebrauchte Material, die gebrauchte Sprache, die Form der Buchstaben [2]) und seit Nov. 119. cap. 9. auch gleichgiltig ist, wer sie abfaßt, ob der Testator selbst (s. g. Holographentestament) oder ein Andrer, der testamentarius (s. g. Allographentestament) [3]). Die Zeugen brauchen weder die

---

wesentliche Vorbereitung der Testamentssolennität ist, vgl. Ulp. L. 21. §. 2. Dig. h. t. 28, 1.

1) Die seit Theodosianischer Testamentsnovelle (vgl. §§. 41, 42. Note 14.) nicht mehr in einem Tage zu geschehen braucht.

2) §. 12. Inst. h. t.; L. 21. §. 4. Cod. h. t. Nur die Zeichenschrift (notae), also auch die stenographische ist unstatthaft (L. 6. §. 2. Dig. de bonor. poss. 37, 1).

3) Vgl. dagegen L. 29. Cod. h. t. v. J. 531. Daher braucht

gebrauchte Sprache zu verstehen, noch haben sie ein Recht darauf, den Inhalt der Urkunde zu erfahren [4]). Die abgefaßte Urkunde muß dann der Testator mit der ausdrücklichen Erklärung, daß sie seinen letzten Willen enthalte, den Zeugen vorlegen, und sie vor diesen „mit eigner Hand" unterschreiben. Darauf unterschreibt und besiegelt die Urkunde jeder der 7 rogirten Zeugen [5]). Des Testators Unterschrift ist nur dann entbehrlich, wenn er erklärt hat, daß er das ganze Testament eigenhändig geschrieben habe [6]). Kann er

---

nach neuerem Rechte auch nicht mehr der Testator oder einer der Zeugen die Namen der Erben zu schreiben, vgl. Not.-Ordng. tit. cit. §. 7.

4) L. 21. pr. Cod. h. t.; L. 21. pr. Dig. h. t.; ihre Solennisation besteht lediglich in ihrer eigenhändigen Namensunterschrift und Besiegelung des Testaments. Auch die Not.-Ordng. tit. cit. §. 7. betont die Bewahrung des Geheimnisses: „die Form eines Testaments in Schrifften, welches .... von denen gemacht wird, die in ihrem Leben ihren letzten Willen niemandts wissen lassen wollen."

5) Nach römischer Sitte wurde die schon abgefaßte Urkunde verschlossen den Zeugen vorgelegt, und jeder Zeuge setzte dann auf die Außenseite der durch einen Faden verschlossnen Testamentstäfelchen sein Siegel unter einander, daneben seinen und des Testators Namen (superscriptio Ulp. L. 22. §. 4. Dig. Qui test. 28, 1; L. 30 eod. Marini, papiri diplomatici pag. 117. Savigny, Röm. Rechtsg. im M.-A. II. S. 189 ff.); eine Unterschrift im Innern des Testaments (subscriptio) neben der superscriptio findet sich zur Zeit der klassischen Juristen noch nicht (dagegen Huschke in Ztschr. f. g. R.-W. Bd. 12. S. 201 ff. und Rudorff in Puchta, Instit. III. §. 306. Note m.), sondern ist wol erst durch die Theodosian. Testamentsnovelle tit. XVI. §. 2. als gesetzliches Erforderniß eingeführt worden (daher Justinian §. 3. Inst. h. t. 2, 10, vgl. Bachofen, Ausgew. Lehren S. 279—285, 295—298). Bei uns aber, wo gewohnheitsrechtlich das Signal ein bloßes Accessorium der Unterschrift ist (Puchta, Gewohnheitsrecht II. S. 72), genügt die einmalige Unterschrift und beigesetztes Siegel (Vangerow, Pand. II. S. 150 f.

6) L. 28. §. 1. Cod. h. t. 6, 23.

entweder überhaupt als Schreibensunkundiger oder wegen seines Körperzustandes selbst nicht unterschreiben [7]), so soll „in seinem Namen und auf sein Begehr" [8]) ein octavus subscriptor zugezogen werden, der also „im Namen des Testators" zu unterschreiben hat [9]). Bei der Siegelung aber ist es gleichgiltig, welches Petschaftes sich die Zeugen bedienen, ob ihres eignen, ob des Testators, ob der eine Zeuge sich des des andern bedient [10]). Ob auch Datirung des schriftlichen Testaments erforderlich sei, darüber streitet man. Nach klassischem Rechte war sie nicht erforderlich, wie ein uns erhaltnes Fragment Modestin's [11]) beweist; auch die L. 21. Cod. h. t., welche die Erfordernisse des schriftlichen Privattestamentes ausführlich aufstellt, erwähnt der Datirung nicht, und Justinian's Nov. 107. cap. 1. schreibt sie nur für das testam. parentum inter liberos vor (§. 48). Darnach kann Datirung des Testaments, wie sehr sie immerhin der römi-

---

7) L. 21. pr. Cod. h. t. Quod si literas testator ignoret vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito eadem servari decernimus. Not.-Ordng. loc. cit. §. 7, „oder wo er nicht schreiben könnt oder alsdann nicht möcht" d. h nicht vermöchte (W. Sell, Versuche I. S. 218—222). Daraus folgt, daß der octavus subscriptor einen schreibkundigen Testator, der nicht unterschreiben will, nicht vertreten kann.

8) Not.-Ordng. loc. cit.

9) Vgl. W. Sell loc. cit. S. 222—225.

10) §. 5. Inst. h. t. 2, 10; Ulp. L. 22. §. 2. Dig. h. t. 28, 1; Diocl. et Max. L. 12. Cod. h. t. 6, 23; Not.-Ordng. tit. cit. §. 10. „Es mögen auch ihrer einer oder mehr, so nicht eigen Signet hetten, eines oder mehr der andern Signeten sich hierin gebrauchen." Andrer Meinung W. Sell loc. cit. S. 225—228.

11) Zuerst herausgegeben von P. Pithou, hinter seiner Ausgabe der Collatio (Lutet. 1573), zuletzt von Böcking hinter seiner Ausgabe der Ulp. Fragm. (1855. ed. IV. pag. 179): Cum in testamento dies et consules adiecti non sunt, non nocet quo minus valeat testamentum.

schen Sitte entsprochen haben mag [12]), als gesetzliches Erforderniß nicht aufgestellt werden, zumal auch die Not.-Ord. sie nicht vorschreibt.

§. 44.

Mündliches Testament.

Das mündliche Testament [1]) (test. quod per nuncupationem i. e. sine scriptura conficitur, s. g. test. nuncupativum, nach der Not.-Ordn. „ohn schrifftliche Solennität") besteht darin, daß der Testirer vor den sieben Testamentszeugen seinen letzten Willen mündlich und vollständig in einer allen Zeugen vernehmbaren und verständlichen Sprache [2]), also nicht durch Zeichen oder Winke, so erklärt, daß er sowol die Person des Erben als auch die Nebenanordnungen des Testamentes vor den Zeugen deutlich kund giebt [3]).

Das mündliche Testament kann auch des Beweises wegen schriftlich aufgezeichnet werden (s. g. test. nuncupativum in scripturam redactum), dann aber ist zur vollen

---

12) Cf. Suet. Octav. cap. ult.; L. 2. §. 6. Dig. test. quem ad mod. aper. 29, 3; L. 3. Cod. eod. tit. 6, 32.

1) Vgl. §. 41. a. Anf.

2) Ulp. L. 21. pr. Dig. h. t. 28, 1: „Heredes palam, ita ut exaudiri possint, nuncupandi sunt." §. 14. Inst. h. t. 2, 10; L. 26. Cod. h. t. 6, 23.

3) Not.-Ordng. tit. cit. §. 8: „Aber die Form eines Testaments, das Nuncupativum genannt wird, ist also: Daß der oder die, so das Testament machen will, des oder deren, so er oder sie zu Erben haben, und des oder deren, denen er etwas verschaffen oder verlassen will, Namen und was er im Testament begriffen haben wollt, vor sieben Zeugen...... öffentlich und klärlich benennt und ausgetruckt wird." Darnach kann der Erbe u. s. w. nicht durch Verweisung auf eine bereits abgefaßte Urkunde den Zeugen bezeichnet werden (Glück, Komm. Bd. 35. S. 13 ff.; andrer Meinung Roßhirt, Testament. Erbrecht I. S. 442).

Beweiskraft jener Urkunde nach der Not.-Ord. tit. cit. §. 5. Protokoll über die ganze Testamentshandlung und Verlesung desselben vor dem Testator und den Zeugen erforderlich.

§. 45.

Privilegirte Testamente.

Gegenüber dieser regelmäßigen Form der Privattestamente (§§. 43, 44) giebt es solche, bei denen die gewöhnliche Solennität entweder wegen der Person des Testators oder wegen besondrer Umstände bei der Errichtung des Testaments oder wegen seines besondern Inhalts vermindert oder vermehrt ist, und diese Ausnahmeformen pflegt man privilegirte Testamente zu nennen. Solche sind das Blinden- und Analphabeten-Testament mit vermehrter, das testamentum ruri und pestis tempore conditum, das testamentum parentum inter liberos und ad pias causas conditum mit verminderter Solennität.

§. 46.

Das Blinden- und Analphabeten-Testament.

Das Blindentestament, das immer nur ein mündliches sein kann, erfordert nämlich außer den gewöhnlichen Solennitäten noch die Zuziehung eines Notars (tabularius) oder, „ubi tabularius reperiri non possit", eines octavus testis, eines achten Zeugen, der also die Zeugeneigenschaft haben muß [1]). Vor diesen Personen soll der Blinde zur Beseitigung jedes Zweifels die einzusetzenden Erben nach Namen, Stand, Würde und andern Kennzeichen, ferner die jedem bestimmten Erbtheile, Legate und Fideikommisse genau angeben. Der Notar oder achte Zeuge soll dann diese Willenserklärung in Gegenwart

1) Iustini const. 8. Cod. Qui test. fac. 6, 22 (§. 4. Inst. h. t. 2, 10). Not.-Ordng. tit. cit. §. 9.

der übrigen Zeugen sofort schriftlich aufzeichnen und der Testirungsakt durch Unterschrift und Besiegelung der acht Zeugen geschlossen werden. Hat der Blinde das Testament schon vorher niedergeschrieben, so soll es ihm und den 7 Zeugen durch den Notar oder octavus testis oder einen Andern vorgelesen und dann, nachdem es der Testator als seinen letzten Willen anerkannt und genehmigt hat, von allen Zeugen unterschrieben und besiegelt werden.

Auch beim schriftlichen Testament einer schreibensunkundigen oder bei der Testamentserrichtung dazu unfähigen Person, des s. g. Analphabeten [2]), ist die Zuziehung eines octavus subscriptor, nicht eines Zeugen [3]) erforderlich, der im Namen des Testators zu unterschreiben hat; im Uebrigen bedarf es nur der regelmäßigen Form, so daß man die Vorlesung des Testaments als gesetzliches Erforderniß der Giltigkeit desselben nicht aufstellen kann [4]).

§. 47.

Testamentum ruri und pestis tempore conditum.

Zu Gunsten der homines rustici und derer, quibus non est literarum peritia, verfügt Justinian L. 31. Cod. de test.: In illis locis, in quibus raro inveniuntur homines literati, dürfe das schriftliche Testament im Nothfalle auch ohne Unterschrift der 7 zugezognen Zeugen, und wenn 7 nicht zu finden wären, auch vor 5 schreibkundigen Zeugen errichtet werden; und könne einer oder könnten mehrere der Zeugen nicht schreiben, so dürfe in ihrer Gegenwart für sie ein schreibenskundiger Zeuge un-

2) L. 21. pr. Cod. h. t. 6, 23.

3) Der subscriptor braucht daher auch die Zeugenfähigkeit nicht zu haben (andrer Meinung Puchta, Pand. §. 466. Note g.).

4) Glück, Komment. Bd. 34. S. 47 ff.

terschreiben; die Zeugen sollten aber den Inhalt des Testaments verstehen und darüber nach des Testators Tode eidlich aussagen. Diese Begünstigung, hervorgerufen durch den Mangel an der regelmäßigen Zahl schreibkundiger Zeugen auf dem Lande, gilt nach der durch Nov. 83. cap. 9. und Basil. περὶ διαθήκης libr. XXXV. tit. II. §. XXV. gestützten richtigeren Meinung nicht nur für die eigentlichen Landleute, sondern für alle auf dem Lande testirenden Personen [1]). Im Anschluß an diese Bestimmung schreibt die Not.-Ordng. tit. cit. §. 2. vor: „Item und auf dem Gau, wo Bauerleute Testamente machen und mehr Zeugen nicht zu bekommen weren, aufs minst fünf Zeugen" und nach dieser ganz allgemein gefaßten, nicht bloß auf das schriftliche Testament gehenden Bestimmung kann unter den angegebnen Voraussetzungen auf dem Lande auch ein mündliches Testament vor 5 Zeugen errichtet werden [2]).

Bei dem zur Zeit einer ansteckenden Krankheit (pestis tempore) zu errichtenden Testamente brauchen die 7 Zeugen

---

1) Marezoll, Archiv für civ. Prax. Bd. 9 Nr. 15; Roßhirt, Testament. Erbrecht I. S. 473.

2) Fritz in Ztschr. für Civilrecht und Prozeß (Gießen) Bd. 5. S. 25 ff. Die Frage, wem der Beweis obliege, daß die regelmäßige Testamentsform nicht habe erfüllt werden können, dem eingesetzten Erbe oder dem das Testament Anfechtenden, ist wol dahin zu beantworten, daß dem Erben dieser Beweis obliege, denn die 5 Zeugen genügen nur dann, wenn man 7 nicht hat finden können. Ob sie aber zu finden waren oder nicht, ist quaestio facti, also von dem zu beweisen, der wie der eingesetzte Erbe auf diese Thatsache Rechtsansprüche gründet. Will man dagegen dem das Testament Anfechtenden den Beweis auflegen, daß die regelmäßige Form hätte beobachtet werden können, weil jedes Rechtsgeschäft für mangellos gelte, wenn nur die wesentlichen Erfordernisse erfüllt wären, so übersieht man dabei, daß ja gerade die Zuziehung von 7 Zeugen wesentlich ist, sobald sie zu finden waren.

nicht zu gleicher Zeit mitzuwirken, sondern dürfen nach einander zugezogen werden [3]).

§. 48.

Testamentum parentum inter liberos.

Will ein Ascendent bloß seine intestaterbberechtigten Descendenten im Testament einsetzen, so bedarf es dazu nach Nov. 117. cap. 1. [1]) keiner andern Förmlichkeit, als daß er diese letztwillige Disposition schriftlich abfasse, die Urkunde datire (§. 43. a. E.) und eigenhändig die Namen der einzusetzenden Descendenten sowie mit Buchstaben deren Erbtheile eintrage. Will er aber seinem Ehegatten oder extraneis personis in solch einem Testamente Legate oder Fideikommisse zuwenden, so muß er auch diese eigenhändig einschreiben und sie vor Zeugen bestätigen. Dagegen tritt die regelmäßige Form ein, wenn ein Andrer als ein intestaterbberechtigter Descendent als Erbe eingesetzt oder ein früher

3) Diocl. et Max. L. 8. Cod. h. t. 6, 23, woselbst die Lesart „oppressos" i. e. timore morbi oppressos (vgl. „adversus timorem contagionis, quae testes deterret") beizuhalten ist. Der hier ausgesprochnen Auslegung folgt die Praxis. Die Glosse dagegen versteht die Konstitution so, als ob sie von einem während des Testiraktes von der Epilepsie befallnen Zeugen rede und bestimme, daß die dadurch entstandne Zeitunterbrechung der Giltigkeit des Testamentes nicht schaden solle (welcher Auslegung Marezoll in Ztschr. für Civilrecht und Prozeß Bd. 4. S. 77—88 beitritt). Andre, z. B. Puchta, Pand. §. 467, Vangerow, Pand. II. S. 148, erklären nach Basil. l. c. §. VII. (ed. Heimbach. tom. III. pag. 545) diese Konstitution so, daß die Zeugen nicht in Gegenwart des kontagiös Kranken (κεχωρισμένως ἐξ αὐτοῦ) mitzuwirken brauchen.

1) Diese Nov. ist eine Ergänzung der L. 21. §. 3. Cod. de test. 6, 23, die ihrer Seits wieder auf der Theodos. Testamentsnovelle (§. 41) und auf der Konstantin. Konstitution L. 1. Theod. Cod. Fam. erc. 2, 24 beruht, vgl. Bachofen, Ausgew. Lehren S. 312.

errichtetes Testament abgeändert werden soll [2]. Die Not.-Ord. l. c. §. 2. läßt auch Errichtung eines mündlichen testamentum parentum inter liberos vor 2 Zeugen zu. Verschieden von einem solchen Testament ist die s. g. divisio parentum inter liberos, die Verordnung über die Vertheilung der Erbschaft unter die intestaterbberechtigten Descendenten. Diese wird in einer schriftlichen vom Erblasser oder allen zu Erben eingesetzten Descendenten unterschriebnen Urkunde giltig gemacht [3].

§. 49.

Testamentum ad pias causas conditum.

Schon das römische Recht begünstigt die zu milden Zwecken gemachten letztwilligen Zuwendungen durch Verbot des Abzugs der Falcidischen (§. 132) oder Trebellianischen Quart (§. 141) und dadurch, daß es den in Erfüllung solcher Vermächtnisse säumigen Erben [1] mit der Entziehung seines Erbtheiles bestraft [2] und jeden mit einem solchen Vermächtnisse Onerirten, läßt er es zur Verurtheilung kommen, in duplum kondemnirt [3]. Noch weiter ist das kanonische Recht gegangen, indem Papst Alexander III. für die Errichtung eines Testamentes zu Gunsten der Kirche die römisch rechtliche Form nicht erfordert, sondern „secundum decretorum statuta", gestützt auf die heilige Schrift, die Zuziehung von drei oder doch wenigstens zwei Zeugen für genügend er-

---

2) Die Nov. giebt die Zahl der Zeugen nicht an, setzt daher wol die zu Vermächtnissen erforderliche Zahl von 5 voraus.

3) Cap. 2. Nov. cit.

1) Er soll solche Vermächtnisse nach 6 Monaten, gerechnet ἀπὸ τῆς ἐμφανίσεως (ab insinuatione Nov. 131. cap. 12.) d. h. wol von der Zeit der Erbschaftsantretung an, erfüllen.

2) Nov. 131. cap. 11. und 12.

3) §. 19. i. f. Inst. de action. 4, 6.

klärt [4]). Diese kanonische Bestimmung hat die gemeinrechtliche Praxis nicht nur anerkannt (vgl. dagegen §. 52 a. E.), sondern läßt sie auch bei allen Testamenten zu Gunsten jeder milden Stiftung, jeder wirklichen pia causa gelten [5]), und so ist das testamentum ad pias causas conditum gemeinrechtlich eine der privilegirtesten Testamentsformen.

§. 50.

Das Soldatentestament.

Die aufgeführten privilegirten Testamente weichen, wie gezeigt, alle nur in einzelnen Beziehungen, in dem Mehr oder Minder der erforderlichen Solennität, von den gewöhnlichen Privattestamenten ab, den graden Gegensatz zu diesen dagegen bildet das Soldatentestament [1]). Während nämlich das Testament des paganus stäts einer größeren oder geringeren Solennität bedarf, kann der Soldat — selbst der stumme und taube [2]) — nach dem namentlich durch Titus, Domitian, Nerva und Trajan begründeten römischen Rechte „propter nimiam imperitiam vel simplicitatem" in jeder beliebigen Form, wie er will und kann, testiren, also auch sein Testament in jeder beliebigen Form ändern; es kommt

4) Cap. 11. X. de test. 3, 26. Man streitet darüber, ob diese Zeugen bloße Beweis- oder Solennitätszeugen sind; die Fassung des cap. 11. cit. „tribus aut duobus legitimis testibus requisitis" spricht wol für das Letztere, so daß sie die Fähigkeit der Testamentszeugen haben müssen. Andrer Meinung Roßhirt, Testam. Erbrecht Bd. I. S. 472.

5) Pfeiffer, Prakt. Ausführungen Bd. II. S. 339.

1) Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 42. S. 19; Roßhirt, Testam. Erbrecht Bd. I. S. 477 ff.

2) Das Mancipationstestament galt für den Soldaten nicht. Ueber das testamentum in procinctu §. 41 i. A.

hier alles nur auf Gewißheit des Willens an [3]). Dieses Privileg, iure militari quo modo velint et quo modo possint zu testiren, haben nach römischem Rechte:

1) alle milites, Land- wie Seesoldaten, von der Zeit der Eintragung in die Soldatenliste an (ex quo in numeros relati sunt) [4]) bis zum Austritte aus dem Dienste, vorausgesetzt, daß sie in expeditionibus occupati sive in castris degentes, d. h. vor dem Feinde im Felde sind [5]). Diese können nicht nur das ante militiam non iure factum testamentum durch ihre Willenserklärung während des Feldzuges giltig machen [6]), sondern ihr in expeditione errichtetes Testament gilt als Soldatentestament auch noch ein volles Jahr nach der ehrenvollen Entlassung

---

3) Gai. 2, 109 sqq.; Ulp. XXIII. 10; Inst. de militari test. 2, 11; Dig. eod. tit. 29, 1; Cod. eod. tit. 6, 21; L. 15. §. 1. Dig. h. t.

4) Ulp. L. 42. Dig. h. t. und L. 1. §. 1. Dig. de B. P. ex test. mil. 37, 13. Aber auch für die Zeit, während welcher der miles in keiner Liste steht, weil er von der einen Heeresabtheilung zum Enrollement in eine andre entlassen und in diese noch nicht eingeschrieben ist, behält er sein Privileg, „est enim miles, quamvis in numeris non sit". Ulp. L. 1. §. 2. Dig. eod.

5) Iustin. LL. 15. und 17. Cod. h. t. 6, 21. und §. 3. Inst. h. t. Die hier angenommne Auslegung der Worte „in expeditionibus occ. sive in castris degentes" entspricht auch der Paraphrase des Theophilus ad. h. l.: „Quibus autem temporibus in aliis degunt locis aut in dictis eorum sedetis (σεδέτοις) i. e. ubi agere eos necesse est, militaribus in testando privilegiis haud fruentur." (ed. Reitz pag. 348 sq.). Also extra castra können darnach die Soldaten nicht iure militari testiren. Andre nehmen dagegen das „in expeditione" von jedem aktiven Militärdienste, vgl. hierüber Mühlenbruch-Glück loc. cit. S. 32 ff.

6) §. 4. Inst. h. t. 2, 11.

aus dem Dienste [7]). Nach der Entlassung aber müssen sie iure communi testiren;

2) alle diejenigen Nichtsoldaten, „qui in hosticolo (sive in hostico) (id est in hostili loco) deprehendantur et illic decedant" [8]), d. h. welche sich ihres Berufes halber [9]) bei dem in's Feld gerückten Heere aufhalten und dort sterben. Diesen paganis steht aber die Note 7 erwähnte, den Soldatentestamenten beigelegte Begünstigung nicht zu.

Im Anschluß an das römische Recht bestimmt nun die Notariatsordnung tit. von den Testamenten §. 2. Folgendes: „in Testamenten, so . . . von Rittern, die zu Feld und doch nicht im Streit wären, da wird solche Anzahl der Zeugen [nämlich die gewöhnliche Zahl von 7] nachgelassen bis auf zween; aber die Ritter, die in Uebung des Streites sind, mögen ihr Testament machen ohne alle Solennität oder Form und wie sie wollen; aber die Ritter, so nicht in solcher Uebung und Streit, noch auch zu Feld liegen, sollen ihre Testament nach gemeinen Rechten machen". So gilt gemeinrechtlich die Formlosigkeit nur für den letzten Willen der im Kampfe befindlichen Soldaten und der Nichtsoldaten, qui in hosticolo deprehendantur et illic decedant; die nicht kämpfenden Sol-

---

7) §. 3. Inst. eod., LL. 21, 26. pr. Dig. h. t.

8) So Ulp. L. 1. §. 1. Dig. de B. P. ex test. mil. 37, 13 und L. 44. Dig. h. t. 29, 1. nach der Lesart der Florentina, über deren Auslegung zu vergleichen Bynkershoeck, Observ. libr. IV. cap. 20; Schulting, Notae ad Pand. tom. VI. pag. 64. Die Basil. libr. 35. tit. 21. §. 37. (ed. Heimb. tom. III. pag. 639) haben die entsprechenden Worte so: *ἐὰν ἐν τῷ πολέμῳ καταληφθέντες ἀποθάνωσι.*

9) Andre z. B. Mühlenbruch, Komment. loc. cit. S. 52 ff., dehnen das Privileg auf alle in der Schlacht befindlichen Personen aus.

daten bedürfen zur Testamentserrichtung, wenn sie im Felde liegen, der Zuziehung von 2 Zeugen, und liegen sie nicht im Felde, so können sie wie nach römischem Rechte die extra castra befindlichen Soldaten nur iure communi testiren. An der Dauer der Giltigkeit eines Soldatentestamentes aber hat die Not.-Ord. nichts geändert.

B. Oeffentliche Testamente.

§. 51.

Römisches Recht. Außer den Privattestamenten kennt auch schon das spätere römische Recht öffentliche Testamente in zwiefacher Form: in der des testamentum apud acta sive gesta conditum und in der des testamentum principi oblatum. Jenes, das ältere von beiden, besteht in der mündlichen Erklärung des letzten Willens vor Gericht oder der städtischen Kurie und Protokollirung dieser Erklärung ohne weitere Solennität, dieses, eingeführt im J. 413. von Honorius durch die const. 19. Cod. h. t. 6, 23 [1]), erfordert nichts als Ueberreichung des schriftlich aufgesetzten letzten Willens nebst einer Bittschrift an den Kaiser in Gegenwart seines consistorium oder auditorium [2]). Wann das testamentum apud acta conditum zuerst aufgekommen, ist ungewiß, gewiß nur, daß es schon vor einer andern Konstitution des Honorius, vor der L. 18. Cod. eod. a. 397, die es als bekannte Errichtungsform voraussetzt, aber wol schwerlich schon zur Zeit der klassischen Ju-

1) Cf. Nov. Valent. III. tit. XX. de testam. a. 446. (ed. Haenel. pag. 189.).

2) „Inter tot nobiles probatasque personas", wie es in der const. cit. heißt. Ueber die verschiedne Auslegung dieser Worte vgl. Glück, Komment. Bd. 34. S. 171 ff. und Walch, Dissert. de test. princ. obl. Ienae 1777.

risten, die überall das Mancipationstestament voraussetzen, in Uebung gewesen ist, wahrscheinlich auch, daß es durch Gewohnheitsrecht aufgekommen ist. Ob es sich aber, wie Savigny vermuthet [3]), aus dem mündlichen Testamente gebildet hat, weil „in der Curie meistens ohne Zweifel sieben Personen oder noch mehrere vorhanden waren, welche sämmtlich den ganzen Inhalt des Testaments mit anhörten", und die feierliche Mancipationsform „durch die Würde des Magistrats und die Curie ersetzt wurde", steht dahin. Die Errichtung eines öffentlichen Testamentes durch bloße Uebergabe desselben an das Gericht kennt das römische Recht nicht [4]).

§. 52.

Gemeines Recht.

Das gemeine Recht aber hat nicht nur jene beiden [1]) römischen Formen der öffentlichen Testamente sondern auch das s. g. testamentum iudici oblatum, d. h. die Testamentserrichtung durch einfache Uebergabe eines schriftlichen, offenen oder versiegelten Testamentes an das Gericht zur gerichtlichen Deposition ausgebildet, und so existiren bei uns drei Arten öffentlicher Testamente: das testam. apud acta conditum oder s. g. iudiciale testamentum im engern Sinne, das testamentum principi und das testamentum iudici oblatum. Das erste und zweite dieser drei werden nach wie vor durch

3) Geschichte des römischen Rechts i. M. Bd. I. S. 108 f.

4) Gegen des Cuiacius Meinung, der schon für das römische Recht diese annimmt, Glück loc. cit. S. 160 ff.

1) Obwol manche die gemeinrechtliche Giltigkeit des freilich selten vorkommenden test. principi oblatum bestreiten, so spricht doch für sie die Praxis, die sogar auch die Errichtung eines mündlichen Testamentes ohne weitre Solennität vor dem Landesherrn zuläßt.

mündliche Erklärung des letzten Willens vor dem Richter unter Aufnahme eines vom Testator zu unterschreibenden gerichtlichen Protokolls oder durch Ueberreichung des Testaments an den Landesherrn errichtet, das testamentum iudici oblatum aber erfordert, weil alle öffentlichen Testamente auf der publica fides des Richters beruhen und dieser, die Zeugen vertretend, sich von der Identität der Person des Testators überzeugen muß, persönliche Uebergabe [2]) und Errichtung eines vom Testator zu unterschreibenden Protokolls über die geschehne Uebergabe. Außer jenen drei Arten erkennt aber das gemeine Recht keine öffentlichen Testamente an, denn die durch Papst Alexander III. neben der römischen Form der Privattestamente für giltig erklärte Testamentserrichtung vor dem kompetenten Pfarrer und drei oder zwei Zeugen (coram presbytero suo et tribus vel duabus aliis personis idoneis) [3]) hat in praxi dem durch die Not.-Ord. bevorzugten römischen Rechte weichen müssen.

IV. Inhalt des Testaments.

A. Willen des Testators im Allgemeinen.

§. 53.

Beschaffenheit dieses Willens im Allgemeinen.

Das Testament ist ein Rechtsgeschäft und erfordert als solches wie alle negotia richtiges Bewußtsein, freie, ernstliche und erkennbare Willensbestimmung des Testators. Es fragt sich daher zunächst, wie Statt gehabter Zwang, Irrthum und Betrug auf die Giltigkeit des letzten Willens wirken.

2) Glück loc. cit. S. 191 ff. Guyet im Archiv für civil. Praxis (Heidelberg) Bd. 13. S. 254 ff., woselbst S. 257—59 eine Anführung der verschiednen Meinungen.

3) Cap. 10. X. de testam. 3, 26. a. 1170.

1) Zwang. Ist der Testator zur Errichtung oder Veränderung seines letzten Willens gezwungen worden, so besteht zwar die abgenöthigte Verfügung zu Recht, weil der metus das Geschäft nie ipso iure nichtig macht [1]), aber sie wird in Folge der Parteithätigkeit durch die gewöhnlichen Rechtsmittel rescindirt und dem Zwinger das ihm in Folge Zwanges Zugewendete als einem indignus vom Fiskus entzogen [2]) mit der Verpflichtung zum Schadensersatz gegen die durch den Zwang Benachtheiligten [3]). Dieselben Folgen — nur daß hier eine Rescission nicht vorkommen kann — treten ein, wenn der Erblasser zwangsweise an der Errichtung oder Veränderung seines letzten Willens verhindert worden ist, auch hier also Indignität und Schadensersatzpflicht des Zwingers. Gegen Eltern und Kinder ausgeübt, ist der Zwang sogar Enterbungsgrund [4]).

---

1) Paul. L. 21. §. 5. Dig. Quod met. c. 4, 2; Roßhirt, Lehre von den Vermächtnissen I. S. 337 ff. und Testam. Erbrecht I. S. 262 ff.; Vangerow, Pand. II. S. 94 ff.; irrig Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 33. S. 426 ff. und Lehrbuch §. 644.

2) L. 1. pr. Dig. Si quis aliq. test. proh. 29, 6; L. 19. Dig. de his quae ut indign. 34, 9; Alex. L. 1; Diocl. et Max. L. 2. Cod. Si quis al. test. 6, 34. Auch diese Indignität beweist, daß die abgezwungne letztwillige Verfügung nicht ipso iure nichtig ist, und dagegen beweist weder L. 20. §. 10. Dig. Qui test. f. p. 28, 1, noch daß die durch einen Andern als den Testator angeordnete Erbeseinsetzung von vornherein nichtig ist (vgl. L. 2. §. 7. Dig. de B. P. sec. tab. 37, 11.), denn im letzteren Falle macht ja nicht der Gezwungene, sondern ein Dritter die Willenserklärung, und für L. 20. §. 10. cit. ist zu bedenken, daß die freiwillige Mitwirkung aller gehörig rogirter Zeugen für die Testamentsolennisation wesentlich ist und man nicht von dem Zwange gegen die Zeugen auf die Willenserklärung des Testators schließen kann.

3) Nov. 115. cap. 3. §. 9.

4) Vgl. unten §. 84.

2) Irrthum. Auch die auf irriger Voraussetzung beruhende letztwillige Verfügung ist, da falsa causa non nocet, an sich nicht ungiltig; nur dann, wenn die causa als Bedingung gesetzt ist[5]), und dann, wenn der Testator die Verfügung nur unter Voraussetzung bestimmter Eigenschaften der Personen oder Sachen gemacht hat, wirkt der Irrthum vernichtend. Deßhalb sind ungiltig die Erbeseinsetzungen einer irrig als verwandt angenommnen Person[6]), die Erbeseinsetzung, die auf der irrigen Annahme, daß ein Intestat- oder früher eingesetzter Testamentserbe verstorben sei, beruht[7]), die Enterbung eines irriger Weise für verstorben gehaltnen Sohnes[8]), die Enterbung eines echten, fälschlich für unecht gehaltnen Sohnes[9]), die Honorirung einer irrig für verwandt gehaltnen Person[10]) und alle übrigen Honorirungen, die erweislich ohne den vorliegenden Irrthum des Testators nicht gemacht worden wären[11]). Aber auch hier ist wie bei negotia inter vivos von dem wirklichen Irrthum sehr wol der bloße Schein eines Willens, der gar nicht error ist, z. B. der Fall zu unterscheiden, daß der Testator eine ganz andre als die

---

5) §. 31. Inst. de legat. 2, 20.

6) So L. 4. Cod. de her. inst. 6, 24 die Einsetzung als filius suus, L. 7. Cod. eod. die eines fälschlich für einen Bruder Gehaltnen; über diese L. 7. vgl. Savigny, System Bd. III. S. 379. Note f.

7) L. 28. Dig. de inoff. 5, 2; L. 92. Dig. de her. inst. 28, 5.

8) L. 25. Dig. de libr. et post. 28, 2.

9) LL. 14. §. 2. und 15. Dig. eod.

10) L. 5. Cod. de test. 6, 23, weil der einzige Grund für die Honorirung die irrige Annahme, sie seien filii, war.

11) §. 4. Inst. de leg. 2, 20; L. 72. §. 6. Dig. de condic. 35, 1; L. 1. i. f. Cod. de falsa causa 6, 44.

beabsichtigte Person eingesetzt hat. Hier ist weder die eingesetzte Person Erbe, weil sie der Testator gar nicht wollte, noch diejenige, welche er wollte, weil sie nicht eingesetzt ist [12]).

3) Betrug. Ist der Testator durch Betrug zu einer Erbeseinsetzung oder Honorirung oder Abänderung einer solchen veranlaßt worden, so treten dieselben Folgen ein wie im Falle des Zwanges, nur daß hier für das römische Recht die Bestimmungen des S. C. Libonianum noch in Betracht kamen (§. 54 Note 9). Besondrer Principien über die Wirkung des Betruges, mag er in der absichtlichen Erregung eines Irrthums oder sonstwie auftreten, bedarf es daher nicht [13]).

§. 54.

Willenserklärung. Der letzte Wille des Testators muß nun, soll er gelten, sowol der innern Selbstbestimmung wie der Erklärungsform nach sein eigner, ferner vollständig und endlich deutlich erklärt sein.

1) Es muß des Testators eigner Wille der innern Selbstbestimmung nach sein; der Testator will und soll ja eben durch das Testament über seine familia (vgl. jedoch §. 63) verfügen. Daher kann weder die Erbeseinsetzung noch das Vermächtniß von der Bestimmung eines Andern abhängig gemacht, ganz der Willkür eines Dritten überlassen, also weder so verfügt werden: „A sei mein Erbe, wenn B will", noch

---

12) Ulp. L. 9. pr. Dig. de her. inst. 28, 5; L. 3. Dig. de reb. dub. 34, 5.

13) Vgl. Roßhirt, Die Lehre von den Vermächtnissen I. S. 337 ff.; Vangerow, Pand. II. S. 98 f.

so: „Ich vermache A 100, wenn B will" [1]). Wol aber kann sowol die Erbeseinsetzung von der als Bedingung gesetzten Handlung eines Dritten abhängig gemacht, also A so eingesetzt werden: „A sei mein Erbe, si Titius Capitolium ascenderit", als auch das Vermächtniß von einer solchen Handlung [2]), ja selbst von dem billigen Ermessen des Erben oder eines Dritten quasi viri boni [3]), nur nicht von der bloßen Willkür des Erben [4]) abhängig gemacht werden. Es kann also auch ein Vermächtniß so angeordnet werden: „Ich vermache A 100, si Titius Capitolium ascenderit" oder auch „si aestimaverit heres" oder „si utile tibi fuerit visum". Diese dem Wesen des Testaments entsprechenden römischen Grundsätze gelten auch gemeinrechtlich unverändert, denn wenn Einige [5]) glauben, Innocenz III. habe sie durch cap.

---

1) Gai. L. 32. pr. Dig. de her. inst. 28, 5: „Veteres decreverunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere"; Pompon. L. 68. Dig. eod.; Modest. L. 52. Dig. de cond. 35, 1.

2) Pompon. et Modest. loc. cit. Nur das will Ulp. L. 1. pr. Dig. de leg. II°. mit den Worten „In arbitrium alterius conferri legatum veluti condicio potest" sagen; die Handlung des Dritten ist ja wie eine Bedingung, und ebenso sind Ulpian's Worte L. 43. §. 2. Dig. de leg. I°. „legatum in aliena voluntate poni potest auf die wie eine Bedingung gesetzte Handlung eines Dritten zu beziehen, cf. Donelli Comm. libr. VIII. cap. 15. §. 9 (edit. Flor. tom. II. pag. 861 sq.).

3) Ulp. L. 11. §. 7. Dig. de leg. III°. und L. 75. pr. Dig. de leg. I°.

4) So wenig wie jede andre obligatorische Verbindlichkeit in die Willkür des Schuldners gestellt werden kann („ne sit in arbitrio eius, an debeat").

5) Z. B. Schrader, Abhandlungen aus dem Civilrecht Nr. III.

13. X. de testam. 3, 26 [6]) geändert und allgemein zugelassen, daß letztwillige Verfügungen in die Willkür eines Dritten verstellt werden könnten, so übersehen sie, daß sich jenes cap. 13. nur auf die gewohnheitsrechtlich anerkannte Befugniß der Regulargeistlichen bezieht, die Disposition über ihren Nachlaß und dessen Verwendung zu ihrem Seelenheil treuen Freunden (testatores sive ordinatores sive manu fideles) zu überlassen, damit ihn der Bischof nicht als Intestatnachlaß einziehe und das s. g. Spolienrecht ausübe. Von einer praktischen Anwendung dieses Rechtes auf Nichtgeistliche war daher nie die Rede, und heut zu Tage ist das ganze cap. 13. cit. unpraktisch [7]). — Aber nicht nur der innern Selbstbestimmung, sondern auch der Erklärungsform nach muß des Testators Wille sein eigner sein, und deßhalb setzte nicht nur die lex Cornelia de falsis auf alle Fälschungen des Testaments Kapitalstrafe [8]), sondern es verbot noch ausdrücklich ein S. C. Libonianum (a. 16. p. Chr.), daß sich der testamentarius, der Testamentsschreiber, selbst eine Erbportion, ein Legat oder irgend einen Gewinn, wenn auch auf Geheiß des diktirenden Testators zuschreibe [9]). Das so Zugeschriebene galt nach der Interpretation der Juristen pro non scripto und fiel, war der testamentarius nicht der alleinige Erbe, den Mit-

---

6) „. . . qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus.“

7) Glück, Komment. Bd. 33. S. 476 ff. und Bd. 34. am Anfang.

8) Dig. h. t. 48, 10. (L. 1. §. 13. eod.).

9) Dig. tit. cit. und Cod. de his qui sibi adscribunt 9, 23.

erben oder Kollegatarien zu [10]). Außerdem unterwarf ein edictum Claudii [11]) den gegen dieses S. C. Fehlenden der Strafe der lex Cornelia de falsis. Hat aber der Testator am Rande des Testamentes noch einmal ausdrücklich bestätigt, daß das vom testamentarius sich Zugeschriebne der Willenserklärung des Testators entspreche, so kann von einem falsum und von der Anwendung des S. C. keine Rede sein. Bei uns treten an die Stelle dieser römischen Strafbestimmungen die reichsgesetzlichen Folgen der Fälschungen und des Betruges (vgl. §. 53. a. E.).

2) Der Wille des Testators muß ferner vollständig erklärt sein, vollständig nicht bloß in Bezug auf die zur Testamentserrichtung erforderliche Solennität [12]), sondern auch in Bezug auf den wesentlichen Inhalt des Testaments. Der wesentliche Inhalt des Testaments aber ist die Erbeseinsetzung, weil testamentum „vires per institutionem heredum accipit“ [13]), und deßhalb gilt weder diejenige Urkunde, welche, als Testament beabsichtigt, gar keine Erbeseinsetzung enthält, noch diejenige, in der der Testator Mehrere hat zu Erben einsetzen wollen, aber nur den Einen oder den Andern, nicht alle eingesetzt hat, quia „is magis

---

10) L. 1. Dig. de his quae pro non scr. 34, 8; L. 14. §. 1. Dig. de leg. Corn. de fals.; LL. 2, 4, 5. Cod. tit. cit.

11) L. 15. pr. Dig. eod.

12) So gilt weder der bloße Entwurf eines Testaments noch ein vollkommen abgefaßtes, aber noch nicht solennisirtes. Paul. L. 29. pr. Dig. Qui test. fac. 28, 1; Ulp. L. 11. §. 2. Dig. de leg. III°.; unten über die Kodizillarklausel §. 122. Mühlenbruch - Glück, Komm. Bd. 38. S. 402 ff.

13) Papin. L. 10. Dig. de iure codicill. 29, 7.

coepisse testamentum facere quam fecisse videtur" [14]). Ist jedoch die Erbeseinsetzung nur vollständig, so schadet Unvollständigkeit in dem außerwesentlichen Inhalte des Testaments z. B. in den Vermächtnissen oder Substitutionen oder Fortlassung vorbehaltner Zusätze und dgl. der Giltigkeit des Testamentes nicht [15]).

3) Der Wille des Testators muß endlich, um certum consilium [16]) zu sein, deutlich erklärt, d. h. kein Zweifel darüber sein, wer nach dem Tode des Testators dessen vermögensrechtliche Persönlichkeit vertreten soll. Ist aber über die Person des direkten Successor kein Zweifel, so schaden Ungenauigkeiten oder Unrichtigkeiten in der Bezeichnung desselben z. B. in seinem Vornamen, in seiner Abstammung u. s. w. nicht [17]), und deßhalb kann in einem schriftlichen Testamente, dessen Inhalt ja die Zeugen nicht zu erfahren brauchen (§. 43), der direkte Successor auch durch Verweisung auf ein andres Schriftstück, in dem der Name desselben verzeichnet ist, z. B. so eingesetzt werden: „Der soll mein Erbe sein, den ich in dem Zettel X bezeichnet habe" [18]), vorausgesetzt, daß sich jenes Schriftstück auch wirklich vorfindet. Ein solches Testament pflegt man jetzt mysticum sive implicitum sive relatum, eine solche Einsetzung mystica sive implicita zu nennen. Daß eine mystische Einsetzung aber nur beim

14) Iavol. L. 25. Dig. Qui test. f. 28, 1.

15) Papin. L. 77. §. 33. Dig. de leg. II°. cf. L. 8. Cod. de institut. et subst. 6, 25.

16) Vgl. §. 39. Note 1.

17) LL. 9. §. 8, 48. §§. 1. und 3, 58. Dig. h. t. 28, 5.

18) Ulp. L. 10. pr. Dig. de cond. inst. 28, 7; Papin. L. 77. Dig. h. t. 28, 5.

schriftlichen, nicht auch beim mündlichen Testamente möglich ist, folgt daraus, daß nach den Vorschriften des römischen Rechts wie der Not.-Ord. beim mündlichen Testamente die Zeugen den Inhalt desselben erfahren müssen, der Testator ihnen den Namen der Erben wie die angeordneten Vermächtnisse deutlich kundgeben muß (§. 44). Daß übrigens jenes Schriftstück, auf das sich der Testator wegen des Erben bezieht, in allen Punkten der Bezugnahme entspreche, ist nicht erforderlich [19]). Fügt der Testator zur Vermeidung jeder Undeutlichkeit seinem letzten Willen noch Erläuterungen hinzu, so bedürfen diese, wenn sie selbst nur nicht letztwillige Verfügungen nach Art eines Testaments oder Kodizills sind, keiner besondern Form [20]).

§. 55.

Auslegung des letzten Willens.

Der in giltiger Form und vollständig erklärte letzte Wille wird nun als einseitiges Rechtsgeschäft nach den Regeln der Doktrinal-Interpretation gemäß der erweislichen Absicht des Testators, im Zweifel zu Gunsten der Aufrechthaltung des Testaments [1]) und namentlich zu Gunsten der Erbeseinsetzungen und Vermächtnisse interpretirt [2]). Da diese Interpretation aber die Er-

---

19) So wird nach Ulp. L. 36. Dig. eod. „Si quis ita scripserit heredem Ex qua parte codicillis Titium heredem scripsero, heres esto" Titius doch Erbe, wenn sich auch im Kodizill keine Theilangabe findet.

20) L. 21. §. 1. Dig. Qui test. fac. 28, 1.

1) Paul. L. 12. Dig. de R. J. 50, 17. und L. 5. Dig. Test. quem ad m. aper 29, 3; Ulp. L. 12. §. 2. Dig. de usu 7, 8.

2) LL. 67, 87—90 Dig. de her. inst. 28, 5; L. 17. §. 1. Dig. de leg. I°.

mittlung der eigentlichen Absicht des Testators zum Zwecke hat und daher die günstigere Auslegung auch nur so weit, als sie jener Absicht entspricht, aufrecht zu erhalten ist, so kann im Zweifel über den Betrag eines Vermächtnisses auch nur dann zu Gunsten des Honorirten, also für den höheren Betrag, entschieden werden, wenn dieses secundum voluntatem testatoris ist [3]), und man kann daher für diesen Fall nicht [4]) als allgemeine Regel hinstellen, daß zu Gunsten des Honorirten zu entscheiden sei. Abgesehen von den für alle Rechtsgeschäfte geltenden Interpretations-Grundsätzen kommen beim Testamente folgende besondern Regeln in Betracht:

I. in Bezug auf Zeitbestimmungen:

1) daß ein unbestimmt gelassner Anfangstermin oder Zeitraum z. B. in annos octo [5]), sowie die bei Verfügungen zu Gunsten von Personen z. B. meine Kognaten, oder in Betreff von Sachen z. B. mein Schmuck, unbestimmt gebliebne Zeit von der Zeit der Testamentserrichtung verstanden wird [6]), und

2) daß bei Altersbestimmungen z. B. cum quatuordecim annos erit, die erforderlichen Jahre nach der Civilkomputation zurückgelegt sein müssen [7]);

II. in Bezug auf Bedingungen:

1) daß bei der Bedingung der Kinderlosigkeit z. B. si quis ex his sine liberis diem suum obierit, Adoptiv-

---

3) Labeo L. 29. §. 1. Dig. de leg. III°.

4) Wie z. B. Mühlenbruch, Lehrb. §. 658 und Göschen, Pand. §. 825.

5) L. 41. §. 15. Dig. de fidei com. lib. 40, 5.

6) L. 19. Dig. de reb. dub. 34, 5; L. 41. §. 4. Dig. de leg. III°.; L. 7. Dig. de auro, argento . . leg. 34, 2.

7) L. 49. Dig. de leg. I°.; Alex. L. 5. Cod. Quando dies leg. 6, 53.

kinder nicht zählen [8]), es dagegen reine voluntatis quaestio ist, ob uneheliche zählen sollen oder nicht [9]); und

2) daß die pure gefaßte Verfügung als bedingt gilt, wenn der Testator nachweislich eine Bedingung hat hinzufügen wollen [10]);

III. in Bezug auf Honorirungen und Onerirungen:

1) daß die alternative Einsetzung: A oder B soll mein Erbe sein und das alternative Legat: illi aut illi do lego als kopulativ d. h. das Aut für Et gilt, es wäre denn beim Legat dem Onerirten die Wahl gelassen, an wen er leisten will [11]);

2) daß gleichfalls die einer Belastung oder der Restitution eines Fideikommisses alternativ hinzugefügten Bedingungen z. B. wenn er ohne Testament oder unverheirathet oder kinderlos gestorben sein sollte, als kopulative gelten d. h. die Belastung oder Restitution nur dann Statt hat, wenn keine der gesetzten Bedingungen eingetreten ist [12]);

3) daß, wenn ein Vater mit seinem Kinde neben einem Dritten ohne Theilbestimmung eingesetzt ist, Vater und Kind die eine, der Dritte die andre Hälfte bekommt [13]); und

4) daß der Erbe, hat nicht der Testator das Gegentheil bestimmt, ein legirtes Grundstück pfandfrei machen

8) L. 76. Dig. de cond. 35, 1.

9) L. 17. §. 4. Dig. ad S. C. Treb. 36, 1.

10) L. 11. §. 10. Dig. de leg. III°; LL. 102. und 108. Dig. de cond. 35, 1.

11) L. 4. Cod. de verb. sign. 6, 38.

12) L. 6. Cod. de inst. et subst. 6, 25.

13) L. 11. Cod. de imp. subst. 6, 26.

und, wenn es der Pfandgläubiger veräußert hat, dessen Werth leisten muß [14]).

B. Wesentlicher Inhalt des Testaments.

§. 56.

Erbeseinsetzung (und Enterbung).

Der wesentliche Inhalt des Testaments, ohne den es also gar nicht bestehen kann, ist die Erbeseinsetzung (heredum institutio) d. h. diejenige Verfügung, wodurch sich der Testator einen direkten Successor ernennt. Entsprechend der im alten Civilrecht üblichen Feierlichkeit der Rechtsgeschäfte, mußte auch die Erbeseinsetzung, um giltig zu sein, in solenner Form [1]), in lateinischer Sprache [2]), an der Spitze des Testaments vor den Legaten [3]) angeordnet werden und außerdem nach Vorschrift Justinian's [4]) beim schriftlichen Testament, ut nulla fraus adhibeatur, der Testator oder ein Testamentszeuge die Namen der einzusetzenden Erben eigenhändig einschreiben. Aber schon Konstantin hob i. J. 339 die solenne verborum observantia [5]), Theodos II. i. J. 439 durch seine Testamentsnovelle [6]) die Nothwendigkeit der lateinischen Sprache, Justinian i. J. 528 die Nothwendigkeit, die Erbeseinsetzung vor den Legaten anzuord-

---

14) L. 6. Cod. de fid. com. 6, 42.

1) Solche Formen waren: Titius heres esto, Titius heres sit und Titium heredem esse iubeo, nicht: Titium heredem esse volo oder heredem instituo oder heredem facio Gai. 2, 116 sq.; Ulp. tit. 21.

2) Vgl. Gai. 2, 281.

3) Gai. 2, 229; Ulp. 24, 15.

4) L. 29. Cod. de test. 6, 23. a. 531; §. 4. Inst. de test. 2, 10.

5) L. 15. Cod. eod.

6) L. 21. §. 4. Cod. eod. Vgl. §. 41.

nen [7]) auf, und derselbe Kaiser erklärte i. J. 541. es nicht mehr für erforderlich, daß der Testator oder ein Testamentszeuge (ausgenommen das testamentum parentum inter liberos, vgl. §. 48) eigenhändig die Namen des Erben einschreibe [8]). So bedarf nach Justinianischem und gemeinem Recht die Erbeseinsetzung keinerlei Solennität mehr, sie muß nur deutlich d. h. so geschehen, daß über die Person des Erben völlige Gewißheit ist. Aber eben um dieser nothwendigen Gewißheit willen muß die Erbeseinsetzung nach wie vor in dispositiven d. h. in solchen Worten geschehen, welche über die Absicht des Testators, diesen oder jenen zum Erben haben zu wollen, keinen Zweifel lassen, und deßhalb kann gemeinrechtlich so wenig wie nach Justinianischem Rechte der in einer Bedingung Erwähnte, der s. g. in condicione positus, für eingesetzt gelten, die Einsetzung nicht unter der Bedingung geschehen, daß ein Andrer beim Anfall der Erbschaft nicht mehr am Leben oder kinderlos verstorben sei, z. B. nicht so: „A sei mein Erbe, wenn B vor mir gestorben sein sollte" [9]). Hier fehlt es an der nöthigen Gewißheit darüber, ob der Testator den B zum Erben haben wollte; daher denn die Regeln der heutigen Romanisten: positus in condicione non est in dispositione richtig ist [10]).

---

7) L. 24 sq. Cod. eod.; §. 34. Inst. de leg. 2, 20.

8) Nov. 119. cap. 9.

9) Ulp. L. 19. Dig. h. t. 28, 5; Pomp. L. 16. §. 1. i. f. Dig. de vulg. subst. 28, 6.

10) Nicht widerspricht Scaev. L. 85. Dig. h. t., denn hier werden die Kinder des Bruders nicht als Testamentserben (sie sind ja gar nicht eingesetzt), sondern als Intestaterben deshalb vorgezogen, weil der Testator dieses praeferri durch Erwähnung der Kinder als seiner Absicht gemäß angedeutet hat, vgl. Mühlenbruch·

Die angeordneten Erbeseinsetzungen beziehen sich, da ein und dasselbe Testament regelmäßig nur über eine hereditas verfügt, nach römischem Rechte, ausgenommen die Pupillar- und Quasipupillar-Substitutionen (§§. 63, 64), immer nur auf einen Nachlaß. Das gemeine Recht aber kennt auf Grund deutsches Rechtsbrauches auch gemeinschaftliche Testamente, s. g. testamenta mutua, d. h. letztwillige Verfügungen **mehrerer** Personen über mehrere hereditates in **ein und demselben** Testamente und zwar meistens in der Form wechselseitiger Testamente, s. g. testamenta reciproca, d. h. so, daß sich mehrere Testatoren z. B. Ehegatten in ein und demselben Testamente gegenseitig zu Erben einsetzen [11]). Solche in uno volumine gemachten Testamente unterliegen

Glück, Komment. Bd. 40. S. 239 ff. Auch hat nicht, wie Vangerow, Pand. II. S. 154 irrig meint, die L. 15. Cod. de test. 6, 23 an diesem Grundsatze etwas geändert; jene L. 15. schafft nur die solenne verborum observantia ab, berührt aber das aus dem Wesen des Testaments stammende Princip: certum esse debet consilium testantis gar nicht.

11) Das römische Recht kennt solche wechselseitigen Testamente, mit denen sich weder die Form des Mancipationstestaments noch auch nach Antiquirung dieses das Erforderniß der unitas actus vertrug, nicht. Diejenigen, welche sie aus L. 19. Cod. de pact. 2, 3 oder doch aus Nov. Valent. III. de test. §. 3. ableiten, übersehen, daß jene L. 19. sich nur auf das außerhalb des Civilrechts stehende Soldatentestament bezieht und solche Verfügungen eines paganus nicht einmal als mortis causa donationes aufrecht erhält (vgl. §. 5 Note 8), und daß die Valentinian. Novelle sich nur auf das testament. principi oblatum bezieht und erklärt, ein Testament, worin sich Ehegatten gegenseitig zu Erben eingesetzt hätten, solle, wenn sie deßhalb beim Kaiser einkämen, ohne weitre Solennität gelten (vgl. §. 51). Ueberdies ist diese Nov. nicht in den Justinian. Codex aufgenommen. Hasse, Rhein. Mus. für Jrpdz. Bd. III. S. 239 ff. (woselbst ein praktischer Fall eines test. recip. ausführlich beurtheilt ist), Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 35. S. 50 ff.

hinsichtlich der Erklärung und Giltigkeit des letzten Willens ganz den allgemeinen Vorschriften und sind daher als wirkliche Testamente der Regel nach wie jedes andre Testament widerruflich. Erklärt aber jeder der mehreren Testatoren ausdrücklich, oder ist aus den getroffnen Anordnungen zu entnehmen, daß der letzte Wille des Einen nur gelten solle, wenn der Andre den seinigen unverändert lasse (s. g. korrespektives Testament), so zieht der Widerruf des einen Testaments auch den des andern von selbst nach sich.

Die Enterbung (exheredatio) hat eigentlich nur für die Notherben juristische Bedeutung, daher von ihr §§. 76 ff. Enterbt der paganus durch ein späteres Testament einen im früheren Eingesetzten, so fällt das frühere Testament mit seiner Erbeseinsetzung ganz fort, während aus dem Testamente des Soldaten für diesen Fall nur die frühere Erbeseinsetzung fortfällt [12]).

§. 57.

Vertheilung des testamentarischen Nachlasses.

Der Testator ernennt sich nun entweder bloß einen Einzigen zum Erben, der dann für den Nachlaß des paganus (anders beim Soldaten, vgl. §. 5. Not. 6) wegen der Einheitlichkeit desselben heres ex asse, Universalerbe ist, sollte er auch nur auf etwas aus dem Nachlasse eingesetzt sein [1]); oder der Testator setzt mehrere zugleich als Erben, coheredes, Miterben ein und weist diesen entweder ihre Erbtheile zu oder nicht.

Hat er keine Theile für sie festgesetzt (coheredes sine

12) Gai. L. 17. §. 2. Dig. de test. mil. 29, 1.

1) §. 5. Inst. de her. inst. 2, 14; LL. 1. §. 4, 27. pr., 33, 74 Dig. h. t. 28, 5.

partibus scripti), z. B. A und B sollen meine Erben sein, so erben sie zu gleichen Theilen [2]), hat er aber allen Erben bestimmte Quoten zugewiesen, so ist zu unterscheiden, ob er weniger oder mehr Theile (unciae), als ein Ganzes enthält, vertheilt hat.

1) Hat er weniger Theile, als ein Ganzes enthält, vertheilt, z. B. A und B jeden nur auf $1/3$, neben ihnen keinen Andern eingesetzt, so adkrescirt, da der paganus nicht pro parte testatus, pro parte intestatus versterben kann (anders beim Soldaten, vgl. §. 5 Note 6), der nicht vertheilte Rest den einzelnen Erben pro rata ihrer Erbtheile, so daß A $1/2$ und B $1/2$ oder, wenn A auf $1/2$ und B auf $1/4$ eingesetzt wäre, A $2/3$ und B $1/3$ bekommt [3]).

2) Hat er dagegen mehr Theile, als ein Ganzes enthält, vertheilt, z. B. $6/4$ oder $20/12$, so dekrescirt den einzelnen Erben das zu viel Vertheilte pro rata ihrer Erbtheile, so daß aus den $6/4$ sechs Sechstel, aus den $20/12$ zwanzig Zwanzigstel gemacht werden [4]). Diese verhältnißmäßige Reduktion hat aber nur dann Statt, wenn der Testator wegen verkehrter arithmetischer Berechnung über die gewöhnliche Eintheilung des Nachlasses in 12 Theile (vgl. §. 2 Note 4) hinausgegangen ist; hat er dagegen Einen erst auf das Ganze und hinterher einen Andern auf einen bestimmten Theil eingesetzt, z. B. „Ich setze A zum Erben meines ganzen Vermögens ein, B aber soll die Hälfte bekommen", so soll sich, weil hier eine Willensänderung des Testators angenommen wird, nach Justinian's Ent-

2) §. 6. Inst. eod.; L. 9. §. 12. Dig. eod.
3) §. 7. Inst. eod.; L. 13. §§. 2 und 3. Dig. eod.
4) §. 7. Inst. eod.; L. 13. §. 4. Dig. eod.

scheidung L. 23. Cod. de legat. 6, 37. die erste Zuwendung um den Betrag der letzten vermindern, so daß diese von jener ganz abgezogen wird und A nur die Hälfte, B die andre Hälfte bekommt [5]).

Das die Grundsätze, wenn der Testator allen eingesetzten Erben bestimmte Theile zugewiesen hat.

Hat er dagegen einige Erben mit, andre ohne Theilbestimmung eingesetzt, so erhalten, wenn das Ganze durch jene Theile noch nicht erschöpft ist (si aliqua pars assi deerit), die sine partibus scripti heredes den Rest zu gleichen Theilen [6]), z. B. A sei Erbe auf $^1/_2$, B auf $^1/_3$, außerdem C und D sine partibus, so erhält A $^6/_{12}$, B $^4/_{12}$ und C und D jeder $^1/_{12}$. Ist aber durch die festgesetzten Theile das Ganze schon erschöpft (asse expleto) oder überschritten, so werden die Theile der cum partibus scripti heredes verhältnißmäßig reducirt, d. h. es wird zu diesem Zwecke das as verdoppelt, verdreifacht u. s. w., indem aus 12 Theilen 24, resp. 36 gemacht werden (ex asse fit dupondius, tripondius u. s. w.), und dann wird den sine partibus scripti heredes das nach Abzug der bestimmten Theile Uebrigbleibende ex aequis partibus (id quod dupondio deest) zugewiesen, so daß die cum partibus scripti nur die Hälfte ihres Theiles bekommen [7]), z. B. A sei Erbe auf $^6/_{12}$ und

---

5) So vereinigen sich die cit. Pandektenstellen mit L. 23. Cod. cit., die, vom Jahre 530, also jünger als die Abfassung der Pandekten, die Grundsätze dieser nicht abgeschafft hat. Vgl. darüber Donell. comment. libr. VI. c. 22. § 8 (edit. Flor. tom. II. pag. 230); Schrader, Civil. Abhandl. Bd. II. Nr. IV. (wo §. 5 die verschiednen Erklärungsversuche), Mühlenbruch-Glück, Komm. Bd. 40. S. 122 ff.; Schweikart, Auslegung der c. 23. Cod. de legat. in Ztschr. für Civilrecht und Prozeß (Gießen) Bd. 9. S. 363 ff.

6) §. 6. Inst. h. t. 2, 14; L. 17. pr. und §. 1. Dig. h. t. 28, 5.

7) §. 8. Inst. eod.; LL. 17. §§. 2 und 4, 18 Dig. eod.

B auf $^6/_{12}$, außerdem C und D sine partibus, so erhalten A und B jeder $^6/_{24}$, beide zusammen also die eine Hälfte, und C und D auch jeder $^6/_{24}$, also zusammen die andre Hälfte; oder A sei Erbe auf $^6/_{12}$, B auch auf $^6/_{12}$ und C auf $^4/_{12}$, außerdem D und F, so erhalten A und B jeder $^6/_{24}$, C $^4/_{24}$ und die noch übrigen $^8/_{24}$ fallen zu gleichen Theilen D und F zu. Nur derjenige, der neben cum partibus scripti heredes ausdrücklich auf den Rest (ex reliqua parte) eingesetzt ist, erhält, wenn durch jene Theilbestimmung das Ganze schon erschöpft ist, z. B. A sei Erbe auf $^1/_2$ und B auf $^1/_2$, C auf den Rest, nichts, „quoniam, cum nihil reliquum est, ex nulla parte heres institutus est“ [8]). Endlich kann der Testator entweder alle oder einige Erben auf bestimmte Sachen oder Quantitäten (nicht auf Erbquoten) einsetzen, sie zu heredes ex certa re scripti machen. Hat er alle Erben ex certa re, wenn auch mit verschiednen Antheilen an derselben, eingesetzt, so erhält, si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur, jeder von ihnen die ihm zugewiesne Sache als Prälegat, und die übrige Erbschaft theilen sie detracta rei mentione quasi sine partibus heredes scripti zu gleichen Theilen [9]). Sind dagegen neben solchen ex certa re scripti noch andre mit oder ohne Theilbestimmung eingesetzt, so stehen nach Justinian's Entscheidung L. 13. Cod. h. t. 6, 24 nur den Letzteren und gegen sie die Erbschaftsklagen zu, gehen nur auf sie Forderungen und Schulden über, während die ex certa re scripti nur legatariorum loco habentur, diese in Konkurrenz mit jenen nur die Rechte von Vermächtnißnehmern geltend machen können. Fallen aber jene co-

8) Ulp. L. 17. §. 3. Dig. eod.

9) L. 35. pr. §. 1, 78. pr., 9. §. 13, 10. Dig. eod. über die Lesart der l. 10. vgl. Schulting, Notae ad Pand. tom. V. pag. 49.

heredes fort, so tritt zufolge des Anwachsungsrechtes die Erbenqualität der ex certa re scripti heredes hervor [10]).

C. Außerwesentlicher Inhalt des Testaments.

1) Nebenbestimmungen.

§. 58.

Condicio.

Der Testator kann seine letztwillige Verfügung vom Eintritt oder Nichteintritt eines an sich oder doch für ihn noch ungewissen Ereignisses abhängig machen, ihr eine Bedingung hinzufügen und zwar dem Vermächtnisse sowol Suspensiv= wie Resolutiv=, der Erbeseinsetzung als paganus nur eine Suspensiv=, keine Resolutiv=Bedingung (semel heres, semper heres), der Soldat dagegen auch dieser eine Resolutiv=Bedingung [1]). Aber auch hier ist wie bei negotia inter vivos die wirkliche von der nicht wirklichen Bedingung zu unterscheiden, denn nur jene läßt das Existentwerden oder Existentbleiben der letztwilligen Zuwendung unentschieden, suspendirt also die Delation der Erbschaft und den Anfall des Vermächtnisses bis zum Eintritte der Bedingung, so daß beide deficiente condicione als ungiltig fortfallen, und hebt als Resolutivbedingung beim Vermächtnisse mit ihrem Eintritte das Recht aus demselben auf. Dagegen

---

10) Vgl. Hennemann, Untersuchung zweier Rechtsfragen, Nr. 1, Mühlenbruch=Glück, Komment. Bd. 40. S. 169 ff.; Vangerow, Pand. II. S. 155 ff. Ueber das Vorjustinian. Recht vgl. Gord. L. 1. Gregoriani Cod. de fam. ercisc. III, 4, 6 (?) und Ulp. L. 35. pr. Dig. h. t. 28, 5.

1) §. 9. Inst. de her. inst. 2, 14: heres et pure et sub (oder ex) condicione institui potest. Ulp. L. 15. §. 4. Dig. de test. mil. 29, 1: Miles . . . heredem facere potest . . . vel ex condicione vel in condicionem.

lassen die nicht wirklichen Bedingungen die letztwillige Verfügung unbedingt. Da nun weder die s. g. tacita als ex iure veniens, noch die s. g. necessaria als condicio, quae omni modo extitura est vel non est, noch auch die in praesens vel in praeteritum conlata condicio wirkliche Bedingungen sind, so ist auch die unter einer extrinsecus, non ex testamento veniens (tacita) condicio angeordnete letztwillige Verfügung z. B. die Erbeseinsetzung eines extraneus heres unter der Voraussetzung „Si volet", die Hinterlassung eines Vermächtnisses unter der Voraussetzung, daß der damit Onerirte Erbe werde, nicht eine bedingte, sondern pure. Nur die Erbeseinsetzung eines suus heres und die Honorirung unter der Bedingung „Si volet" ist wirklich bedingte Verfügung, da der suus heres, der sonst ipso iure Erbe wird (§. 4) und der Honorirte, der sonst ohne jede Erklärung das Recht auf das Vermächtniß auf seine Erben transmittirt, nun erst in Folge seiner zustimmenden Erklärung Universal- und Singular-Successor wird [2]). Ebenso ist die unter einer s. g. necessaria condicio, über deren Eintritt oder Nichteintritt gar keine Ungewißheit sein kann, und die unter einer in praesens vel in praeteritum conlata condicio angeordnete letztwillige Verfügung eine pure, unbedingte, denn bei der letzteren condicio ist entweder das als bedingend gesetzte Ereigniß eingetreten und dann die Existenz der letztwilligen Zuwendung von vornherein nicht in der Schwebe, oder es ist nicht eingetreten, und dann gilt die Verfügung von Anfang an nicht [3]). Auch die unmöglichen Bedingungen, seien sie

2) LL. 1. pr. und §. 3, 21, 99. Dig. de cond. 35, 1; LL. 19. §. 1, 69. Dig. eod.; L. 65. §. 1. Dig. de leg. I°.

3) L 50. §. 1. Dig. de her. inst. 28, 5; LL. 10. §. 1, 11. §. 1. Dig. de cond. 35, 1; Pomp. L. 16. Dig. de iniusto etc. test.

physisch oder juristisch unmöglich (quae iure impleri nequeunt), gelten nicht als wirkliche Bedingungen und werden bei letztwilligen Verfügungen (abweichend von Verträgen), soweit sie unmöglich sind, bei theilweiser Unmöglichkeit daher nur theilweise [4]), pro non scriptis gehalten, so daß sie die letztwillige Verfügung selbst unbedingt lassen [5]). Nur die perplexae condiciones d. h. die einen Widerspruch in sich enthaltenden Bedingungen, die eigentlich auch zu den unmöglichen gehören, werden nicht gestrichen, sondern vernichten die letztwillige Verfügung, der sie hinzugesetzt sind [6]). In ihrer Wirkung, soweit dadurch eine Unsittlichkeit befördert wird, den unmöglichen gleich sind die contra bonos mores adscriptae, die turpes condiciones, denn auch sie werden remittirt und machen sogar eine alternativ mit ihnen aufgestellte Bedingung ungiltig [7]). Unter den turpes condiciones aber werden bei letztwilligen Verfügungen nach besondern Grundsätzen beurtheilt die condicio iuris iurandi und die kaptatorischen Bedingungen und wurde nach Vorjustinianischem Rechte beurtheilt das poenae nomine Angeordnete. Bei der iuris iurandi condicio nämlich d. h. der Bedingung des eidlichen Versprechens einer Leistung Seitens des Testamentserben oder Legatars wird, „cum faciles sint

---

28, 3; über diese letzte Stelle vgl. Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 38. S. 350 ff.

4) L. 45. Dig. de her. inst. 28, 5.

5) §. 10. Inst. de her. inst. 2, 14; LL. 1, 6. Dig. de cond. instit. 28, 7; L. 45. Dig. de her. inst. 28, 5; L. 3. Dig. de cond. 35, 1. vgl. Gai. 3, 98.

6) L. 16. Dig. de cond. inst. 28, 7; L. 39. Dig. de man. miss. test. 40, 4; L. 88. pr. Dig. ad leg. Falc. 35, 2.

7) Paul. S. R. III, 4 B. §. 2; LL. 9, 14, 27. pr. Dig. de cond. inst. 28, 7; L. 8. §. 5. eod.

nonnulli hominum ad iurandum contemptu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem", die Eidesleistung erlassen und so die Verfügung zu einer unbedingten gemacht, aber der Erbe oder Legatar muß die Leistung erfüllen, und selbst wenn er den Eid leisten will, so überhebt ihn die Eidesleistung der Pflicht zur Erfüllung der beschwornen Verbindlichkeit nicht [8]). Die kaptatorische Verfügung dagegen d. h. die Einsetzung oder Honorirung einer Person unter der Bedingung, daß diese oder ein Dritter den Testator oder einen Dritten in einem noch nicht errichteten Testamente [9]) wieder einsetze oder honorire, vernichtet nach der Bestimmung eines S. C. die letztwillige Verfügung selbst, gilt nicht bloß pro non scripta [10]). Aber auch nur die kaptatorische, nicht die kaptirte d. h. die zu Gunsten des Kaptanten im Testamente des Kaptirten enthaltne Bestimmung ist ungiltig [11]). Ebenso 'galt im Vorjustinianischen Rechte das poenae nomine relictum legatum d. h. die dem Erben zur Strafe für die Nichterfüllung einer letztwilligen Bestimmung auferlegte Belastung, z. B. heres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit oder si non collocaverit, dato decem aureos Seio, obgleich die

---

8) L. 8. pr. Dig. de cond. inst. 28, 7. Nur ausnahmsweise muß der Eid geleistet werden, nämlich wenn einer Stadtgemeinde etwas sub condicione iuris iurandi hinterlassen ist; dann sollen ihre Administrativbeamteten schwören. Vgl. Savigny, System III. S. 185 ff.; Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 41. S. 97 ff. Huschke in Ztschr. für Civilrecht und Prozeß (Gießen) Bd. 14. S. 334 ff.

9) Paul. L. 71. pr. Dig. de her. inst. 28, 5.

10) LL. 70, 71. §. 1. Dig. eod.

11) Thibaut, Versuche Bd. I. Nr. 4; Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 40. S. 221 ff.

Bedingung turpis war, gar nicht, während das Justinianische Recht sie für zulässig erklärt [12]).

Hat der Testator wider seine Absicht Bedingungen hinzugefügt, so fallen diese fort, hat er dagegen wider Willen Bedingungen fortgelassen, so gilt die unbedingt gebliebne Verfügung gar nicht [13]). Ist die Erbeseinsetzung in demselben Testamente bald pure, bald bedingt angeordnet, so gilt sie als unbedingt, und wenn unter verschiednen Bedingungen angeordnet, als alternativ bedingt nach Wahl des Erben, ist dagegen ein Vermächtniß bald pure, bald bedingt, bald unter dieser, bald unter jener Bedingung angeordnet, so gilt immer die jüngste Verfügung [14]).

Die hinzugefügten Bedingungen, deren einige schon bei Lebzeiten, andre erst nach dem Tode des Testators erfüllt werden können [15]), suspendiren, wie gesagt, so lange sie schweben, die Delation der Erbschaft und des Legats. Damit aber der bedingt Berechtigte auch schon pendente condicione Genuß vom seinem Rechte habe, gestattete ihm das prätorische Edikt die Agnition der bonorum possessio secundum tabulas, wenn er nur für den Fall der Deficienz der Bedingung genügende Kaution wegen der Restitution bestellte [16]). Einer solchen Kaution aber bedurfte es nur bei denjenigen Bedingungen, die während der ganzen Le-

12) §. 36. Inst. de leg. 2, 20 und dazu Theoph. paraphr. (legala . . non relinquenda sunt ex odio heredis); L. un. Cod. de his quae poenae nom. 6, 41.

13) L. 9. §§. 5 und 6. Dig. de hered inst. 28, 5; Iust. L. 8. Cod. de instit. 6, 25.

14) LL. 27. §§. 1 und 2, 67. Dig. eod.; LL. 87—90. Dig. de cond. 35, 1.

15) LL. 2, 10. pr., 11. §. 1. Dig. eod.

16) LL. 6, 2. §. 1, 5. pr. Dig. h. t. 37, 11; L. 12. Dig. Qui satis dare cog. 2, 8.

benszeit des bedingt Berechtigten in der Schwebe bleiben können, also nur bei condiciones in non faciendo consistentes, bei negativen Bedingungen, z. B. Si in Capitolium non ascenderit. Um nun auch dem unter einer solchen negativen Bedingung Honorirten den Erwerb des ihm bedingt zugewiesnen Legats schon bei Lebzeiten zu ermöglichen, ließ man auch ihm auf die Auktorität des Mucius Scävola die Bestellung einer Kaution für den Fall der Deficienz der Bedingung zu und übertrug diese Muciana cautio von den Vermächtnissen auf die Erbeseinsetzungen, so daß nun jede unter einer negativen Bedingung angeordnete letztwillige Zuwendung, Erbschaft wie Vermächtniß, durch Leistung dieser Kaution sofort erworben werden kann [17]. Geleistet wird sie „ei, ad quem iure civili deficiente condicione hoc legatum eave hereditas pertinere potest" [18], also bei negativ bedingten Vermächtnissen den Onerirten [19], bei negativ bedingten Erbeseinsetzungen den Miterben und, da die Substituten iure civili aus dem Testamente eventuell berechtigt sind, den Substituten, aber auch nur diesen beiden. Der unter einer negativen Bedingung eingesetzte Universalerbe braucht sie daher regelmäßig nicht zu leisten, denn da die Intestaterben, so lange noch testamentarische Succession möglich ist, nicht zu den iure civili auf den Nachlaß Berechtigten gehören, so kann der heres ex asse, „quoniam non est cui caveat", auch an dem Antritte der Erbschaft nicht gehindert werden [20]; seine Einsetzung ist, als unter einer unmög-

17) LL. 7, 18. Dig. de cond. 35, 1.

18) Gai. L. 18. cit. eod.

19) L. 67. Dig. eod.

20) Ulp. L. 7. §. 1. eod.; Labeo L. 20. pr. Dig. de const. inst. 28, 7. Vgl. Vangerow, Pand. II. S. 135 ff., andrer Mei-

lichen Bedingung geschehen, unbedingt [21]). Nur in in einem einzigen, keiner analogen Anwendung fähigen Falle muß auch der Universalerbe den Intestaterben die Kaution leisten, nämlich dann, wenn er sub condicione viduitatis eingesetzt ist [22]). In diesem Falle

---

nung Arndts, Beiträge Bd. I. S. 183 ff. und in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 932 ff. (er erkennt auch die Intestaterben und die auf die Vakantien Berechtigten als auf die Kaution berechtigt an) und mit ihm Puchta, Pand. §. 475 und Vorlesgg. II. S. 348.

21) Dazu stimmt Julian's Entscheidung L. 4. §. 1. Dig. de cond. inst. 28, 7: „Iulianus scribit Eum qui ita heres institutus est si servum hereditarium non alienaverit caventem coheredi impleri condicionem [weil dem Miterben im Falle der Veräußerung des Erbschaftssklaven die Erbportion seines coheres adkrescirt]; ceterum si solus heres scriptus sit, sub impossibili condicione heredem institutum videri. quae sententia vera est." Weil nämlich das durch Privatwillen begründete Veräußerungsverbot nur eine persönliche, nicht wie das gesetzliche eine dingliche Klage erzeugt und hier keiner vorhanden ist, der aus dem Testamente ein Recht auf Erfüllung der Bedingung und somit auf die persönliche Klage zur Geltendmachung des Interesses hätte, so ist der heres ex asse sub impossibili condicione, also unbedingt eingesetzt. Die Intestaterben als solche haben also kein Recht auf die Kaution. Vgl. van de Water, Observat. iur. civ. I, 4.

22) Justinian verordnet nämlich Nov. 22. cap. 44. (vgl. über die Auslegung des griechischen Originaltextes Heimbach in Ztschr. für Civilrecht und Prozeß (Gießen) Bd. 16. S. 33 ff.): Hinterläßt ein Ehegatte dem andern etwas unter der Bedingung, nicht wieder zu heirathen, so soll der Bedachte die Wahl haben, ob er wieder heirathen und das Vermächtniß aufgeben oder unter Entsagung auf fernere Ehe dasselbe annehmen wolle; aber er soll, wenn er sich nicht dem geistlichen Stande widmet, das Vermächtniß nicht vor Ablauf des ersten Jahres nach dem Tode des Honorirenden erhalten. Nach Ablauf dieses Jahres kann er die legirte Sache erhalten, aber wenn sie eine res immobilis ist, nur unter Leistung eidlicher Kaution und stillschweigender Verpfändung seines ganzen Vermögens für die gehörige Restitution der res relicta im Falle der Wiederverheirathung.

ist auch die Kaution, die sonst durch Bürgenstellung geleistet wird, eine juratorische.

§. 59.

Dies. Der eingesetzte Erbe soll die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers nach dessen Tode in sich aufnehmen. Die Erbeseinsetzung läßt daher im Testamente des paganus keine Art des dies, weder Anfangs- noch Endtermin zu; der dennoch hinzugefügte dies gilt pro non adiecto [1]). Der Soldat kann dagegen den Erben sowol ex die wie ad diem einsetzen [2]) und auch der paganus bei Vermächtnissen Anfangs- wie Endtermin hinzufügen [3]). Die Wirkung des dies ist bei Vermächtnissen dieselbe wie bei negotia inter vivos, so daß also auch hier der dies incertus, an et quando veniat, regelmäßig nur der Form nach Betagung, der Wirkung nach Bedingung ist [4]), und der unter einem Endtermin Honorirte wegen dereinstiger Restitution Kaution leisten muß. Da der der Erbeseinsetzung hinzugefügte dies im Testamente des paganus pro non adiecto gilt, so ist auch ein auf seinen Todestag eingesetzter Erbe unbetagt eingesetzt [5]), während der auf seinen Todestag eingesetzte Vermächtnißnehmer das Recht auf das Vermächtniß auf seine Erben transmittirt [6]).

1) § 9. Inst. de hered. inst. 2, 14: Heres . . . ex certo tempore aut ad certum tempus (institui) non potest. Denique diem adiectum pro supervacuo haberi placet et perinde esse ac si pure heres institutus esset.

2) LL. 15. §. 4, 41 pr. Dig. de test. mil. 29, 1.

3) L. 26. Cod. de legat. 6, 37.

4) L. 75. Dig. de cond. 35, 1; L. 23. pr. Dig. de her. inst. 28, 5.

5) Diocl. et Max. L. 9. Cod. de her. inst. 6, 24 (cf. Note 1.).

6) L. 79. pr. Dig. de cond. 35, 1; L. 4. §. 1. Dig. Quando dies leg. 36, 2.

§. 60.

Modus. Wie der dies, so findet auch der modus bei letztwilligen Verfügungen nur beschränkte Anwendung. Versteht man nämlich [1]) unter modus im eigentlichsten, technischen Sinne diejenige besondre Nebenbestimmung, wodurch die gesetzlich auf ein maximum beschränkten Liberalitäten mit einer vermögensrechtlichen Leistung, die der Erwerber erfüllen muß, belastet und so in onerose Zuwendungen verwandelt werden, damit das gesetzliche Maß nach Abzug des Aufzuwendenden als nicht überschritten erscheine, so kann dieser eigentliche modus nur bei Legaten (und Schenkungen), nicht bei Erbeseinsetzungen vorkommen, da nur jene gesetzlich (lege Furia, Voconia, Falcidia; Cincia de donis ac muneribus) beschränkt sind, nicht diese. Ist nun dem Vermächtnisse ein solcher modus, der stäts auf eine vermögensrechtliche Leistung geht, hinzugefügt, so muß ihn der Honorirte — abweichend von der Bedingung, die ja auch unerfüllt bleiben kann — erfüllen [2]), ist wegen der Erfüllung den Erben oder interessirten Dritten kautionspflichtig [3]), kann zur Erfüllung auf Antrag der Betheiligten oder ex officio gerichtlich angehalten [4]) und ihm, wenn er dennoch nicht erfüllt, das sub modo Zugewendete wieder entzogen werden [5]). Aber der modus schiebt nicht wie Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung den sofortigen oder definitiven Erwerb des Vermächtnisses auf, knüpft auch nicht wie der dies die

1) Vgl. Böcking, Pandekten I. §. 115.

2) Vgl. Böcking loc. cit.

3) LL. 40. §. 5, 71. pr. und §§. 1, 2, 80. Dig. de cond. 35, 1.

4) LL. 7, 21. §. 3. Dig. de annuis leg. 33, 1; L. 50. §. 1. Dig. de H. P. 5, 3; L. 92. Dig. de cond. 35, 1.

5) Nov. 1. cap. 1.

Wirksamkeit der Honorirung an den Eintritt eines Zeitpunktes, sondern der sub modo Honorirte ist sofort berechtigt und bleibt es definitiv, wenn ihm das Zugewendete nicht wegen Nichterfüllung des modus wieder entzogen wird. Zwar kann der Testator auch dem Erben Auflagen machen, die dieser dann, so weit sie rechtlich zulässig und wirksam sind, erfüllen muß, aber solche Auflagen sind entweder zu Gunsten eines Dritten gemacht und dann Vermächtnisse, die der Erbe dem Dritten leisten muß [6]), oder sie sind Suspensivbedingungen [7]), so daß dem Erben die Erbschaft nur unter Voraussetzung der Erfüllung der Bedingung deferirt wird; und selbst die Justinianische Nov. 1. cap. 1. behandelt die vom Erben zu erfüllenden Auflagen wie Suspensivbedingung, indem sie den Eingesetzten, der nicht binnen Jahresfrist nach geschehner obrigkeitlicher Mahnung die Auflage erfüllt, gar nicht wie einen definitiven Erben betrachtet, sondern nach Abzug des ihm gebührenden Pflichttheils an seiner Statt zuerst die Substituten, dann die Miterben, dann die Universal-Fideikommissare, dann die Legatare und Singular-Fideikommissare nebst den mortis causa Beschenkten, dann die Intestaterben und zuletzt den Fiskus zur Erbschaft beruft mit der Verpflichtung, anstatt des Eingesetzten die Auflage zu erfüllen und dafür zu kaviren [8]). Eigentlicher modus ist also die der Erbeseinsetzung hinzugefügte Belastung nicht; das hindert auch schon die aus der Erbenqualität folgende Nothwendigkeit, daß der einmal Erbe Gewordne nicht in Folge einer vom Privat-

6) L. 2. Cod. h. t. 6, 45.

7) LL. 27, 6. pr. Dig. de cond. 35, 1. (s. g. modus cum mulcta).

8) Vgl. Böcking loc. cit. Note 10 und Löhr im Archiv für civil. Praxis (Heidelberg) Bd. 5. S. 391.

willen gesetzten Nebenbestimmung aufhören kann, Erbe zu sein [9]).

2) Substitutionen.

§. 61.

Begriff und Arten.

Der Testator kann auch eventuelle Erbeseinsetzungen und Honorirungen anordnen. Er kann nämlich für den Fall, daß der eingesetzte Erbe nicht Erbe würde (und ein Gleiches gilt von den Vermächtnissen, die wir einstweilen außer Betracht lassen), eine andre Person bezeichnen, der dann die Erbschaft deferirt werden soll, er kann duos pluresve gradus heredum facere [1]), und eine solche eventuelle, also immer bedingte Erbeseinsetzung heißt Substitution, der so eventuell (secundo gradu vel sequentibus) eingesetzte Erbe substitutus im Gegensatz zu dem ursprünglich (primo gradu) ernannten heres, dem institutus. Eine solche Substitution (für den Fall, daß der institutus nicht Erbe würde) kann in jedem Testamente, von jedem Testator angeordnet werden und heißt deßhalb Vulgar-Substitution. Es kann aber auch der Inhaber der väterlichen Gewalt seinem unmündigem Hauskinde für den Fall, daß es vor erreichter Mündigkeit sterbe, einen Erben ernennen und diese besondre Substitution heißt Pupillar-Substitution. Endlich ist nach Analogie der Pupillar- noch eine dritte Substitution ausgebildet für den Fall, daß ein willensunfähiger Descendent vor seiner Genesung sterbe: die Quasi-Pupillarsubstitution.

---

9) Gai. L. 88. Dig. de hered. instit. 28, 5.

1) Gai. 2, 174 sqq.; Ulp. 22, 33 sq.

§. 62.

Vulgarsubstitution.

Die Vulgarsubstitution d. h. die Ernennung eines Substituten unter der Voraussetzung, daß der institutus nicht Erbe werde, z. B. A sei mein Erbe; sollte er es nicht werden, so sei B mein Erbe, kann der Testator sowol für den Fall, daß der institutus nicht Erbe werden wolle, für den s. g. casus voluntatis sive nolentiae, als auch für den Fall, daß der institutus wegen eines rechtlichen Hindernisses nicht Erbe werden könne, für den s. g. casus impotentiae, als auch für beide Fälle zugleich anordnen [1]), und es bestimmt sich dann nach der erweislichen Absicht des Testators, ob sie nur für den einen oder den andern Fall oder für beide Fälle zugleich und, wenn das Letztere, ob sie nur für den ausdrücklich genannten Fall oder auch in analogen Fällen gelten soll [2]). Ebenso hängt es ganz vom Willen des Testators ab, wie viele solcher Substitutionen, wie viele gradus heredum er machen, und ob er mehrere Personen an die Stelle eines Erben setzen will, z. B. „sollte A nicht Erbe werden, so substituire ich ihm B und C", oder eine Person an die Stelle mehrerer Erben, z. B. „sollten A und B nicht Erben werden, so substituire ich ihnen C", oder je einzelne Personen an die Stelle je einzelner Erben, z. B. „A, B und C seien meine Erben; sollten sie nicht Erben werden, so substituire ich dem A den D, dem B den E, dem C den F", und ob er die eingesetzten Erben sich gegenseitig substituiren [3]) oder Nicht-

1) L. 3. Cod. de hered. inst. 6, 24.

2) L. 22. pr. Dig. ad S. C. Trebell. 36, 1; L. 29. §. 5. Dig. de lib. et post. 28, 2.

3) Die gegenseitige Substitution aller Miterben pflegt man reciproca s. mutua (Mod. L. 4. §. 1. Dig. h. t. 28, 6) und wenn

miterben als Substituten ernennen will. Der paganus kann aber die Vulgarsubstitution als eventuelle Erbeseinsetzung immer nur für den Fall, daß der institutus nicht Erbe werde, also immer nur direkt, nicht auch so anordnen, daß die Erbschaft, auch wenn der institutus Erbe werde, doch später unter gewissen Voraussetzungen von ihm auf andre Personen übergehen solle. Eine solche Substitution (substitutio in secundum casum) kann nur der Soldat allgemein anordnen; im Testamente des paganus kann sie nur als substitutio fideicommissi, als Anordnung eines Universal-Fideikommisses gelten[4]). Die Wirkung der Vulgarsubstitution als einer nur eventuellen Erbeseinsetzung ist vom Eintritte desjenigen Falles, für den sie angeordnet ist, abhängig, also abhängig davon, daß der institutus oder, wenn dem Substituten selbst wieder Substituten ernannt sind, der vorhergehende Substitut die ihm zunächst deferirte Erbschaft nicht erwirbt. So lange noch die Möglichkeit des Erwerbes Seitens des Vordelaten da ist, also auch so lange dieser sein Erwerbsrecht noch auf seine Erben transmittiren kann[5]), wird die Substitution nicht wirksam, und es kann daher bei bedingter Erbeseinsetzung der pure ernannte Substitut während Schwebens jener Bedingung nicht eintreten, so wenig wie er, wenn die Substitution selbst noch besonders bedingt ist, vor Eintritt der Bedingung (abgesehen von Muciana cautio §. 58 a. E.) Erbe

---

sie in einem allgemeinen Ausdrucke (eosque invicem substituo) geschieht, compendiosa s. breviloqua substitutio (L. 8. Cod. h. t. 6, 26) zu nennen.

4) L. 5. Dig. de test. mil. 29, 1; L. 15. Dig. h. t. 28, 6; LL. 57. §. 2, 76. Dig. ad. S. C. Trebell. 36, 1; L. 8. Cod. h. t. 6, 26.

5) Vgl. Thibaut, Versuche Bd. I. Abhandlung 13 und Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 40. S. 334 ff.

wird [6]). Ist aber der die Wirksamkeit der Substitution bedingende Fall eingetreten, so tritt der Substitut, wenn nicht ausdrücklich etwas andres bestimmt ist, regelmäßig in die Erbportion des institutus ein [7]) mit der Verpflichtung, die auf dieser Portion ruhenden Vermächtnisse und Auflagen, so weit sie nicht auf die Individualität des institutus berechnet und deßhalb für den Substituten nicht so gut wie für den institutus erfüllbar sind, zu leisten [8]), ohne daß sich andre der Erbeseinsetzung hinzugefügte, bei der Substitution nicht ausdrücklich wiederholte Bedingungen auf diese Letztere übertragen [9]). Sind Miterben einander substituirt und neben ihnen keine andern Nichtmiterben als Substituten ernannt, so treten jene als Substituten, wenn der Testator nicht etwas andres bestimmt hat, nach Verhältniß der ihnen bei der Einsetzung zugewiesnen Erbtheile ein [10]), sind aber neben ihnen noch Nichtmiterben substituirt, so erhalten diese Letzteren eine Virilportion des für den ausfallenden institutus bestimmten Erbtheiles, das Uebrige die substituirten Miterben nach Verhältniß ihrer Erbtheile [11]); und ist endlich einem substituirten Miterben ein andrer Nichterbe substituirt, z. B. „A und B seien meine Erben; sollte A nicht Erbe werden, so substituire ich ihm B; sollte B nicht Erbe werden, so sei C mein Erbe", so erhält der Letztere

---

6) L. 69. Dig. de A. v. O. H. 29, 2; L. 41. pr. Dig. h. t. 28, 6.

7) L. 59. §. 3. Dig. de her. inst. 28, 5.

8) L. 61. §. 1. Dig. de leg. II°.; Iust. L. un. §. 9. Cod. de caduc. toll. 6, 51.

9) L. 73. Dig. de her. inst. 28, 5.

10) Nach einem rescriptum divi Pii §. 2. Inst. h. t. 2, 15; LL. 24, 41. §§. 1 und 4. Dig. h. t. 28, 6; L. 1. Cod. h. t. 6, 26.

11) Iulian. L. 32. Dig. eod.

nach einem Reskripte Sever's und Antonin's im Substitutionsfalle sowol den Erbtheil des Substituten als auch den des institutus, weil der Substitut des Substituten auch als Substitut des institutus gilt (substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto [12]). Die Vulgarsubstitution erlischt:

1) Wenn der Vordelat die ihm deferirte Erbschaft erwirbt oder das Recht, zu erwerben, auf seine Erben transmittirt [13]). Ist der institutus einmal Erbe geworden, so wird der Substitut (semel heres, semper heres) für immer ausgeschlossen [14]), und darnach müßte, streng genommen, der Substitut weder zugelassen werden, wenn der Vordelat ein suus heres ist, als solcher ipso iure Erbe geworden und sich nachher wieder von der Erbschaft lossagt (§. 4.), noch auch wenn der einmal Erbe Gewordne gegen die Antretung der Erbschaft in integrum restituirt ist. Da aber die Lossagung von der Erbschaft diese (abgesehen von Pupillarsubstitutionen) in die Lage bringt, als ob der suus nie Erbe geworden wäre, so läßt der Prätor nach geschehner Abstinenz den Substituten als heredis loco zur Erb-

---

12) §. 3. Inst. h. t. 2, 15; LL. 27, 41 pr. Dig. h. t. 28, 6.

13) Ueber die antiquirten Fälle des Erbschaftserwerbes durch Sklaven und namentlich über den Fall, wo ein Sklave, den der Testator für einen liber homo hielt, eingesetzt und ihm ein Andrer vulgariter substituirt ist, vgl. §. 4. Inst. h. t. nebst Theophr. paraphr. dazu und Iul. L. 40, Pomp. L. 41. Dig. de hered. inst. 28, 5, über deren Interpretation zu vergleichen Huschke und Arndts in Ztsch. für Civilrecht und Prozeß (Gießen) Bd. 12. S. 375 ff., Bd. 13. S. 293 ff., Bd. 15. S. 237 ff., Bd. 19. S. 355 ff. und Puchta, Vorlesungen Bd. II. S. 250 f., über den Erbschaftserwerb durch Hauskinder unten §. 93.

14) L. 7. pr. Dig de A. v. O. H. 29, 2.

schaft zu [15]); und da die in der in integrum restitutio liegende Fiktion den früheren Rechtszustand wieder herstellt, so steht auch in Folge der gegen die Antretung ertheilten Restitution dem Substituten der Erbschaftserwerb offen [16]);

2) wenn der Substitut stirbt oder sonst erbunfähig wird, bevor feststeht, daß der institutus nicht erwirbt. Bei mehreren gradus heredum rückt dann der folgende Substitut an die Stelle des vorhergehenden [17]);

3) wenn der seinem Miterben substituirte coheres die ihm als institutus festgesetzte Portion ausschlägt [18]).

Ist die Substitution noch besonders bedingt, so versteht sich, daß bei Deficienz der Bedingung auch die Substitution fortfällt.

§. 63.

Pupillarsubstitution.

Gegenüber dieser in jedem Testamente, jedem Testator möglichen Vulgarsubstitution ist die Pupillarsubstitution die besondre nur dem väterlichen Ascendenten als Inhaber der patria potestas zuständige, auf das unmündige Hauskind berechnete eventuelle Erbeseinsetzung. Der väterliche Ascendent als Gewalthaber kann nämlich seinen unmündigen Hauskindern nicht nur für den Fall, daß sie nicht seine Erben würden, einen Andern (vulgariter) substituiren, sondern er kann nach

15) L. 12. pr. Dig. de interrog. in iure 11, 1; L. 44. Dig. de re iud. 42, 1.

16) L. 24. §. 4. Dig. de minor. 4, 4. Ueber die von manchen (vgl. Puchta, Pand. §. 477 a. E. und Vorlesungen II. S. 349) für widersprechend gehaltne L. 7. §. 10. Dig. eod. vgl. Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 40. S. 361 f.

17) §. 3. Inst. h. t. 2, 15; LL. 27, 41. pr. Dig. h. t. 28, 6.

18) L. 45. §. 1. Dig. eod.

altem Gewohnheitsrecht („nam moribus introductum est") auch ihnen, den Testirungsunfähigen, selbst für den Fall, daß sie nach ihm vor erreichter Mündigkeit stürben, einen Erben ernennen, und diese Erbesernennung heißt Pupillarsubstitution, z. B. „Mein Sohn A sei mein Erbe; würde er es nicht oder stürbe er, auch wenn er es würde, vor erreichter Mündigkeit, so sei B Erbe" [1]). So pupillariter substituiren kann aber nur der Gewalthaber, also nicht die Mutter [2]), und zwar nur seinen noch in der väterlichen Gewalt befindlichen und durch seinen Tod sui iuris werdenden leiblichen wie Adoptivkindern, auch den postumis, wenn sie, noch bei Lebzeiten des Testators geboren, in dessen patria potestas gefallen und durch dessen Tod sui iuris geworden wären. Der paganus (wol der Soldat [3])) kann also nie seinen schon emancipirten Kindern, und seinen Enkeln u. s. w. dann nicht einen Pupillarsubstituten ernennen, wenn diese nach seinem Tode in die Gewalt ihres Vaters zurückfallen [4]). Ob aber die Kinder enterbt oder eingesetzt sind, ist für die Pupillarsubstitution gleichgiltig, nur daß der Pupillennachlaß des enterbten Kindes nicht mit Vermächtnissen beschwert werden darf [5]). Angeordnet wird die Pupillarsubstitution entweder bis zur erreichten Mündigkeit oder für einen kürzeren Termin [6]); für

---

1) Gai. 2, 179 sqq.; Ulp. 23, 7; pr. und §. 2. Inst. h. t. 2 16; L. 2. pr. Dig. h. t. 28, 6.

2) Die L. 33. pr. Dig. eod. redet nur von bedingter Vulgarsubstitution.

3) L. 41. §. 4. Dig. de test. mil. 29, 1.

4) Vgl. Note 1 und §. 4. Inst. h. t. 2, 16.

5) L. 41. §. 3. Dig. h. t. 28, 6. cf. Iust. L. 24. Cod. de leg. 6, 37.

6) LL. 21, 38. Dig. h. t.

einen über die Mündigkeit hinausgehenden Termin kann sie der paganus nicht (wol der Soldat[7])) wirksam anordnen[8]). Damit sie aber wirksam sei, muß der paganus (nicht der Soldat[9])) auch sich selbst in einem giltigen Testamente einen Erben ernennen; erst unter dieser Voraussetzung kann er auch seinem unmündigen Hauskinde in der Person des Pupillarsubstituten einen Erben ernennen. Diese Erbesernennung geschieht nun entweder in demselben Testamente, das der Testator für sich errichtet (paternum testamentum) oder in einem besondern für den Pupillen gemachten Testamente (pupillares tabulae)[10]). In jenem Falle bedarf es nur einmaliger Solennisirung des Testaments und braucht nach Justinianischem Rechte der Vater nicht erst sich und dann dem Pupillen einen Erben zu ernennen[11]), macht dagegen der Gewalthaber für sich ein besondres und für den Pupillen ein besondres Testament, so erfordert jedes die volle Solennität und muß auch nach Justinianischem Rechte zuerst das väterliche, dann das Pupillentestament errichtet werden[12]); das Pupillentestament ist pars et sequela paterni testamenti. Beide Verfügungen bilden ein Testament, in dem derselbe Testator

7) LL. 21, 38. Dig. eod.; L. 8. Cod. h. t. 6, 26.

8) §. 8. Inst. h. t.; LL. 7, 14. Dig. h. t.; L. 76. Dig. ad S. C. Trebell. 36, 1.

9) L. 2. §. 1. Dig. h. t.

10) §. 5. Inst. h. t.; LL. 1. §. 3, 20. Dig. h. t.

11) L. 2. §§. 4—6. Dig. h. t. Nach klassischem Rechte wurde der Theil des väterlichen Testaments, welcher die Pupillarsubstitution enthielt (inferiores tabulae), „ne post obitum parentis periculo insidiarum subiectus videatur pupillus“, besonders verschlossen und erst nach dem Tode des unmündig gestorbnen Hauskindes eröffnet.

12) L. 2. §§. 4 und 7. Dig. h. t.

über zwei hereditates, über die eigne hereditas und über die des Pupillen, bestimmt [13]). Daraus folgt

1) daß der Pupillarsubstitut die testamenti factio haben muß, aber als Erbe des Kindes nicht in des Vaters Nachlaß eingesetzt zu werden braucht [14]);

2) daß der pater adrogator einen Pupillarsubstituten nur für das dem Pupillen durch die Adrogation zugefallne Vermögen ernennen kann [15]);

3) daß der Vater (er testirt ja) die Notherben des Pupillen (auch noch nach der Nov. 115 [16])) nicht zu berücksichtigen braucht [17]), dagegen wol seine eignen sui heredes durch Einsetzung zu sui des Kindes machen kann [18]);

4) daß der Pupillennachlaß an sich nicht mit Vermächtnissen beschwert werden darf, soweit nicht der Pupill aus dem väterlichen Nachlasse dafür entschädigt ist [19]). Ist der Pupill im väterlichen Testamente eingesetzt, so können dem Pupillarsubstituten Vermächtnisse auferlegt werden, und diese muß er dann, selbst wenn ihm der väterliche Nachlaß keine Deckung bietet, erfüllen [20]); ist aber der Pupill enterbt, so darf der Pupillarsubstitut mit Vermächtnissen nur dann bela-

---

13) Gai. 2, 180; §. 2. Inst. h. t.; Ulp. L. 2. §. 4. Dig. h. t.

14) LL. 1. §. 2, 10. §. 5. Dig. eod.

15) L. 10. §. 6. Dig. eod.

16) Vgl. Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 40. S. 390 ff.; v. Vangerow, Pand. II. S. 181, andrer Meinung Francke, Das Recht der Notherben S. 454 ff.

17) L. 8. §. 5. Dig. de inoff. test. 5, 2; Bonif. VIII. cap. 1. in VI°. de testam. 3, 11.

18) LL. 10. §. 1, 2. §. 4. Dig. h. t.

19) L. 41. §. 3. Dig. eod.

20) L. 11. §. 5. Dig. ad leg. Falc. 35, 2; über die Berechnung der Falcidischen Quart dabei unten §. 133.

stet werden, wenn der väterliche Nachlaß doch mittelbar, durch Substitution, z. B. das enterbte Kind ist dem eingesetzten pupillariter substituirt, auf das enterbte Kind kommt, nicht, wenn dem Letzteren nur Vermächtnisse aus dem väterlichen Testamente zugewiesen sind [21]).

Die Einsetzung des Kindes im väterlichen Testamente ist nun entweder simplex, oder duplex substitutio; simplex, wenn dem Kinde entweder nur vulgariter oder nur pupillariter (in alterum casum), duplex, wenn ihm vulgariter und zugleich pupillariter (in utrumque casum) substituirt ist [22]). Dabei aber gilt für das Testament des paganus (nicht des Soldaten [23])) im Zweifel regelmäßig die simplex auch als duplex, die Vulgarsubstitution auch als Pupillarsubstitution und umgekehrt, d. h. lauten die Anordnungsworte nur auf die Vulgarsubstitution, z. B. „Mein Kind A sei mein Erbe, würde es nicht Erbe, B substituirt", so enthält die Vulgarsubstitution im Zweifel auch die Pupillarsubstitution in sich (s. g. pupillaris substitutio tacita), so daß B nicht nur, wenn A nicht Erbe wird, erbt, sondern auch den A, wenn dieser Erbe geworden, aber intra pubertatem gestorben ist, beerbt; und lauten umgekehrt die Anordnungsworte nur auf die Pupillarsubstitution, z. B. „Mein Kind A sei mein Erbe, stürbe es aber unmündig, B ihm substituirt", so enthält die Pupillarsubstitution im Zweifel auch die Vulgarsubstitution in sich (s. g. vulgaris substitutio tacita), so daß B nicht nur des A Erbe wird, wenn A intra pubertatem gestorben, sondern auch

21) L. 11. §. 7. Dig. eod.; Iustin. L. 24. Cod. de leg. 6, 37. vgl. L. 126. pr. Dig. de leg. I°.

22) L. 1. §. 1. Dig. h. t.

23) L. 6. Cod. de test. mil. 6, 21.

den Vater beerbt, wenn A gar nicht Erbe geworden ist [24]). Es gilt jedoch die simplex nicht als duplex substitutio, wenn die erweisliche Absicht des Testators dem entgegensteht [25]), oder wenn die Vulgarsubstitution, z. B. weil der Testator nicht die väterliche Gewalt über das Kind hat [26]), oder weil von den einander substituirten Miterben der eine schon mündig [27]), oder weil ein Dritter zweien, von denen der eine schon pubes ist, gemeinsam substituirt ist [28]), nicht auch als Pupillarsubstitution gelten kann, und nicht, wenn mit dem postumus zugleich dessen Mutter eingesetzt und der Nachgeborne, dem ein Dritter vulgariter substituirt war, vor der Mutter unmündig gestorben ist, denn dann soll nach Justinian's Entscheidung [29]) die überlebende Mutter den Substituten ausschließen. Auch ist der Pupillarsubstitut des Pupillarsubstituten nicht zugleich demjenigen substituirt, welchem der Pupillarsubstitut substituirt ist.

---

24) L. 4. pr. §. 1. Dig. h. t. Hierin gehört auch der von Cic. de oratore I. 39. 180 und an andern Stellen berichtete Prozeß des M'. Curius mit den Agnaten des Coponius, der zu Gunsten des Substituten Curius durch einen Schluß von der Pupillar- auf die Vulgarsubstitution entschieden wurde (vgl. Munzinger, Causa Curiana. Bern und Solothurn). Die Regel, daß die simplex auch als duplex substitutio gelte, ist dann durch Reskripte der Kaiser Pius, Marcus und Verus und durch Konstitutionen Sever's und Antonin's weiter ausgebildet worden. Gegen die Annahme einer s. g. vulgaris substitutio tacita, die die Mehrzahl unsrer Romanisten so gut wie die nie bestrittne s. g. pup. sub. tacita anerkennt, v. Wening-Ingenheim in Ztschr. f. Civilrecht und Prozeß (Gießen) Bd. 3. S. 115 ff., und S. 153 ff., vgl. dagegen Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 40. S. 267 ff.

25) L. 4. Cod. h. t.

26) L. 45. pr. Dig. h. t.

27) L. 4. §. 2. Dig. eod.

28) L. 4. Cod. h. t.

29) L. 9. Cod. de inst. et subst. 6, 25.

Wäre z. B. so verfügt: „Mein unmündiger Sohn A sei mein Erbe; meine unmündige Tochter B enterbe ich; stürbe aber A unmündig, so substituire ich ihm B; stürbe auch diese unmündig, so substituire ich ihr C": so erbte, wenn erst B und dann A intra pubertatem stürbe, C gar nicht [30]).

Die Pupillarsubstitution wird nun wirksam, sobald der Pupill vor erreichter Mündigkeit oder vor Eintritt des kürzeren Termins, für den die Substitution angeordnet ist, stirbt. Dann wird der Pupillarsubstitut Erbe des Pupillen und succedirt in den ganzen (anders beim Soldaten vgl. §. 5. Note 6.) Pupillennachlaß [31]). Dieser Nachlaß vereinigt sich aber mit dem väterlichen Nachlasse zu einem untrennbaren Ganzen, wenn der Pupill im väterlichen Testamente als Universalerbe eingesetzt und Erbe geworden ist, so daß in diesem Falle der Pupillarsubstitut auch nur dieses Ganze (nicht den väterlichen Nachlaß allein oder den Pupillennachlaß allein) erwerben oder ausschlagen kann [32]); dagegen bleiben beide Erbschaften getrennt, wenn der eingesetzte Pupill sich von der väterlichen Erbschaft lossagt, so daß in diesem Falle der Pupillarsubstitut auch den Pupillennachlaß allein erwerben kann und für die Schulden des von ihm ausgeschlagnen väterlichen Nachlasses nicht zu haften braucht [33]). Ferner bildet der

---

30) L. 47. Dig. h. t.

31) §. 4. Inst. h. t.; L. 10. §. 5. Dig. h. t.

32) L. 10. §. 2. Dig. eod.

33) Das ist die in den Pandekten anerkannte, von Ulpian gegen die Ansicht Julian's gebilligte Meinung des Marcellus L. 42. pr. Dig. de A. v. O. H. 29, 2. Ueber die scheinbar widersprechende L. 28. Dig. de reb. auct. iud. poss. 42, 5 (Iavolen.) vgl. Schulting, Notae ad Pand. tom. VI. pag. 498 sqq.; Mühlenbruch-Glück, Komment. 40. S. 422 ff., Vangerow, Pand. II. S. 183 ff.

Pupillennachlaß und die väterliche Erbschaft ein untrennbares Ganzes, wenn der Pupillarsubstitut im väterlichen Testamente als Universalerbe ohne Substituten eingesetzt und der Pupill enterbt ist, denn dann kann er gleichfalls nur dieses Ganze (nicht den einen oder den andern Nachlaß) erwerben oder ausschlagen [34]), während, wenn ihm ein Substitut oder ein Miterbe ernannt ist, der Erbe wird, beide Erbschaften ebenso getrennt bleiben [35]), als wenn der Pupillarsubstitut im väterlichen Testamente nicht eingesetzt, der Pupill enterbt und der institutus Erbe geworden ist. In keinem Falle aber kann der Pupillarsubstitut, mag er allein oder mit coheredes eingesetzt sein [36]), die väterliche Erbschaft ohne die des Pupillen erwerben, sondern muß, hat er jene erworben, auch diese antreten [37]), und deßhalb kann er auch nach ausdrücklicher Entscheidung Justinian's [38]) den Pupillennachlaß nicht ausschlagen, wenn er zugleich mit dem Pupillen im väterlichen Testamente eingesetzt ist und den väterlichen Nachlaß erwirbt, mag sich der Pupill auch von der väterlichen Erbschaft lossagen [39]).

---

34) L. 10. §. 2. Dig. h. t.

35) L. 40. Dig. de A. v. O. H. 29, 2.

36) Ob auch nicht, wenn ihm für den Pupillennachlaß ein Substitut ernannt ist, vgl. Mühlenbruch-Glück, Komment. loc. cit. S. 438 f.

37) L. 59. Dig. de A. v. O. H. 29, 2.

38) L. 20. Cod. de iure del. 6, 30; gegen die Ansicht der Sabinianer L. 2. §. 1. Dig. de statu lib. 40, 7.

39) In der Justinianischen Decision ist freilich zunächst nur die Frage entschieden, ob der Pupillarsubstitut, wenn er und der Pupill die väterliche Erbschaft angetreten haben, den Pupillennachlaß ausschlagen könne, aber wegen der Allgemeinheit der Note 37. muß dieselbe Entscheidung wol gelten auch für den Fall der Abstinenz Seitens der Pupillen. Andrer Meinung Warnkönig in seiner und Roßhirt's Ztschr. Bd. 2. S. 1 ff.

Die Pupillarsubstitution erlischt:

1) durch den Tod des Pupillen vor oder zugleich mit dem Vater oder durch sonstigen Austritt des Pupillen aus der potestas bei Lebzeiten des Vaters [40]);
2) durch Erreichung der Pubertät oder des früheren Alters, für welches die Substitution angeordnet ist [41]);
3) durch Entkräftung des väterlichen Testaments [42]);
4) durch Tod oder Erbunfähigkeit des Substituten vor dem Tode des Pupillen [43]);
5) durch Repudiation der väterlichen Erbschaft Seitens des zum Miterben eingesetzten Substituten [44]) und
6) dadurch, daß der Substitut die Erbittung eines Vormunds für den Pupillen innerhalb Jahresfrist versäumt [45]).

§. 64.

Quasipupillarsubstitution.

Nach Analogie der Pupillarsubstitution („ad exemplum pupillaris") ist im Justinianischen Rechte die s. g. quasi pupillaris sive exemplaris sive Iustinianea substitutio als die den Ascendenten beiderlei Geschlechts zustehende Ernennung eines Erben für ihre pflichttheilsberechtigten verstandeslosen Descendenten ausgebildet worden. Schon zur Zeit der klassischen Juristen nämlich konnte sich der Vater durch kaiserliches Reskript die Erlaubniß erwirken, seinem stummen oder verstandeslosen mündigen Kinde, das ja selbst testirungs-

40) L. 41. §. 2. Dig. h. t.
41) §. 8. Inst. h. t.; L. 14. Dig. h. t.
42) LL. 2. §. 1, 10. §. 4, 16. §. 1. Dig. h. t.
43) L. 59. Dig. de A. v. O. H. 29, 2.
44) Vgl. Note 37.
45) L. 10. Cod. de leg. hered. 6, 58. vgl. §. 15. Note 10.

unfähig war, ad exemplum pupillaris substitutionis einen Erben zu ernennen [1]). Das blieb hinsichtlich des taubstummen Kindes [2]) im Justinianischen Rechte unverändert, hinsichtlich des verstandeslosen aber gab Justinian im J. 528 durch die const. 9. Cod. h. t. 6, 26 (vgl. §. 1. Inst. h. t. 2, 16) den Ascendenten das Recht, auch ohne Erwirkung kaiserlicher Erlaubniß ihren pflichttheilsberechtigten verstandeslosen Descendenten unter Zuwendung des Pflichttheils aus dessen Kindern oder Enkeln u. s. w. und in Ermanglung solcher aus dessen Geschwistern einen Substituten zu ernennen, so daß gegen diese Substitution so wenig wie gegen die Pupillarsubstitution die Inofficiositäts-Querel zulässig sei. Darnach haben nun gemeinrechtlich dieses Recht:

1) alle Descendenten ohne Rücksicht auf patria potestas („parentibus; parenti, qui vel quae testatur; testatori vel testatrici") vorausgesetzt, daß die Descendenten ihnen gegenüber pflichttheilsberechtigt sind, aber

2) nur für die dauernd verstandeslosen und in der Geisteskrankheit sterbenden, nicht für die periodisch wahnsinnigen, nicht für die nachher gesundenden Descendenten noch auch für die dilucida intervalla („mente captus ... perpetuo sit; nullus vero eorum sapiat; ut ... si postea resipuerint, talis substitutio cesset"),

3) mit der Beschränkung, daß die Ascendenten den Substituten zuerst aus den nicht geisteskranken Descendenten des demens und in Ermanglung solcher aus

1) Paul. L. 43. pr. Dig. h. t. 28, 6.

2) Denn die const. 9. Cod. h. t. ist als ius singulare der analogen Anwendung nicht fähig.

ihren eignen gesunden Kindern, den Geschwistern des Geisteskranken, ernennen müssen („Vel si filia aut alii descendentes ex huiusmodi mente capta persona sapientes sint, non liceat parenti, qui vel quae testatur, alios quam ex eo descendentes unum vel certos vel omnes substituere. Sin vero etiam liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis quae mente captae sunt nullus descendat, ad fratres [3]) eorum unum vel certos vel omnes eandem fieri substitutionem oportet“),

4) unter der Voraussetzung, daß sie dem verstandeslosen Kinde (also anders wie bei der Pupillarsubstitution) den Pflichttheil zuwenden („legitima portione ei vel eis relicta“) und

5) unter der Voraussetzung, daß der substituirende Ascendent sich selbst ein Testament errichte [4]).

Nach der gemeinen, freilich nicht unbestrittnen Meinung ernennt nun der substituirende Ascendent nicht nur für das von ihm herrührende sondern auch für das eigne Vermögen des Verstandeslosen einen Erben [5]), und deßhalb

---

3) Also nicht auch (wie Francke, Recht der Notherben. S. 468. Note 29 will) die Geschwisterkinder.

4) Wegen der Analogie der Pupillarsubstitution. Dagegen v. Löhr, Archiv für civil. Praxis (Heidelberg) Bd. 5. S. 112 ff.

5) Diese gemeine, in praxi anerkannte Meinung vertheidigen Thibaut, Archiv für civil. Praxis Bd. 5. S. 339—341, Bd. 10. S. 217 f., Francke loc. cit. S. 463 ff. Mühlenbruch, Komment. Bd. 41. S. 13 ff.; Roßhirt, Testam. Erbrecht Bd. 1. S. 369 ff. u. a. gegen Unterholzner, Archiv für civil. Praxis Bd. 2. Abh. 5, v. Löhr eod. Bd. 5. S. 114 ff., Bd. 9. S. 102 ff., Puchta, Gewohnheitsrecht 2. Theil. S. 68—72, v. Vangerow, Pand. II. S. 186 ff.

fragt es sich, wie es zu halten sei, wenn jenem mehrere Ascendenten zugleich einen Erben ernannt haben. Diese Frage hat die Justinianische Konstitution nicht entschieden, nach allgemeinen Grundsätzen aber muß in diesem Falle [6]) wol zunächst die Verfügung jedes Ascendenten für das von ihm stammende Vermögen, für alles übrige dann die Verfügung des Inhabers der väterlichen Gewalt [7]) gelten, und entscheidet auch das nicht, so müssen die in den verschiednen Testamenten ernannten Substituten wie Miterben behandelt werden.

Die Quasipupillarsubstitution erlischt, abgesehen von allgemeinen Gründen, sobald der demens wieder zu Verstande kommt.

V. Wegfall des Testaments.

A. Arten des Wegfalls.

§. 65.

Ueberſicht. Sind die §§. 36—56. aufgeführten zur Giltigkeit des Testaments nöthigen Erfordernisse hinsichtlich der Person des Testators und des Erben, hinsichtlich der Form und des Inhalts des Testaments nicht erfüllt, so ist das Testament von vornherein null und nichtig (ab initio iure non factum, iniustum testamentum) [1]), nichtig also, wenn dem Testator die s. g. testamenti factio activa, dem Erben die s. g. testamenti factio passiva, oder wenn es dem Testamente an der gesetzlichen

---

6) Die sehr verschiednen Meinungen siehe Mühlenbruch loc. cit. S. 28 ff.

7) Vgl. LL. 1. §. 3, 3. §. 5. Dig. de liber. exhib. 43, 30; L. 1. §. 10. Dig. de inspic. vent. 25, 4.

1) Hinsichtlich der bonor. possessio vgl. jedoch §. 7, II.

Form oder an der Erbeseinsetzung fehlt, oder wenn die Willenserklärung des Testators mangelhaft ist; und das einmal von Anfang an nichtige Testament kann nie durch Nachholung der versäumten Förmlichkeit, die eimal nichtige Erbeseinsetzung nie durch Anordnung einer giltigen hinterher konvalesciren [2]). Ist das Testament aber von vornherein giltig errichtet worden (iure factum testamentum), so kann es, abgesehen von der Rescissibilität wegen Zwanges (§. 53) und Verletzung des Notherbenrechts (§§. 76 ff.), hinterher wegfallen entweder aus nothwendigen, vom Willen des Testators unabhängigen Gründen oder in Folge willkürlicher Aufhebung durch den Testator, und zwar aus nothwendigen Gründen wegen Verlustes der testamenti factio activa (testamentum irritum factum), wegen Agnation oder Quasi-Agnation eines postumus (testamentum ruptum), wegen Ausfalls der eingesetzten Erben (testamentum destitutum s. desertum) und wegen Unerkennbarkeit der testamentarischen Verfügungen, während willkürlich das giltig errichtete Testament hinterher aufgehoben wird durch Zerstörung, Widerruf desselben und Errichtung eines neuen.

B. Nothwendiger Wegfall des Testaments.

§. 66.

Testamentum irritum factum.

Nothwendiger Weise mußte nach römischem **Civilrecht**, welches zur Wirksamkeit des letzten Willens verlangte, daß der Testator als civis Romanus und suae potestatis gestorben sei, das iure factum testamentum hinterher fortfallen, wenn der Testator nach der Testamentserrichtung in Folge erlittner maxima, media oder, falls er sich in Adrogation gegeben, minima

2) LL. 29, 201. Dig. de R. I. 50, 17.

capitis diminutio die testamenti factio verloren hatte. Dann wurde, weil dem Erblasser nun die zum Testiren erforderliche Rechtsfähigkeit [1]) fehlte, das errichtete Testament civilrechtlich ganz wirkungslos mit allen darin enthaltnen Verfügungen, es fiel, wo nicht das ius postliminii oder die fictio legis Corneliae (§. 37. Note 15) eintrat, als irritum factum testamentum fort [2]). Der Prätor aber behandelte es, wenn der Testator nur eine minima, nicht auch, wenn er eine media oder gar maxima capitis diminutio erlitten hatte, und zur Todeszeit nur wieder sui iuris gewesen war, als giltiges Testament und ließ die in ihm Eingesetzten zur bonor. possess. sec. tab. zu [3]). Dieser nothwendige Wegfall des Testaments kann jedoch gemeinrechtlich, da wir keine capitis diminutio im römischen Sinne mehr haben, die Fremden und die zu einer Kapitalstrafe Verurtheilten bei uns testirungsfähig (vgl. §. 37. a. E.), die stillschweigenden Vermögenskonfiskationen aufgehoben sind und die ausdrücklich verfügten dem Verurtheilten die Verfügung über das nach der Verurtheilung Erworbne nicht entziehen (vgl. §. 18), nur noch dann vorkommen,

---

1) Dagegen schadet hinterher eintretende Testirunfähigkeit, die ihren Grund wie z. B. der furor, die Prodigalitätserklärung nur in vollständiger oder theilweiser Handlungsunfähigkeit hat, dem Fortbestande des giltig errichteten Testaments nicht: §§. 1, 3. Inst. Quib. n. e. perm. 2, 12; LL. 6. §. 1, 18. pr.; 20. Dig. Qui test. fac. poss. 28, 1. Die Worte Ulpian's in L. 6. §. 5. Dig. h. t. 28, 3. „Irritum fit testamentum, quotiens ipsi testatori aliquid contigit“ beziehen sich daher nur auf die Veränderung der Rechtsfähigkeit durch capitis diminutio.

2) Gai. 2, 145 sq.; Ulp. 23, 4 und 5; §§. 4, 5. Inst. Quib. mod. test. infirm. 2, 17; L. 6. §§. 5 sqq. Dig. h. t. 28, 3.

3) Gai. 2, 147 sqq.; §. 6. Inst. tit. cit.; Papin. L. 11. §. 2. Dig. de B. P. sec. tab. 37, 11. Leist, Die bonor. poss. Bd. 2. Abth. 1. S. 271 ff. vgl. §. 7. II.

wenn sich der Testator nach der Testamentserrichtung adrogiren läßt und in der Adoptivfamilie als testirungsunfähiges Hauskind stirbt (vgl. §. 37. Note 11).

§. 67.

Testamentum rumptum s. ruptum.

Da der Testator, um seinem Testamente eine dauernde Wirksamkeit zu sichern, nach klassischem Civilrechte die postumi sui und diejenigen, welche durch successio in locum sui heredis postumorum loco waren, entweder einsetzen oder enterben mußte, sie nicht präteriren durfte (§. 76), so wurde ferner nothwendiger Weise das giltig errichtete Testament, in dem ein solcher Notherbe präterirt war, durch die spätere Geburt des postumus in Folge der Agnation oder Quasiagnation mit allen in ihm enthaltnen Verfügungen ganz wirkungslos: rumpitur testamentum, rumptum s. ruptum testamentum [1]). Ein gleicher Erfolg trat ein quasi agnatione sui heredis, wenn der Testator nach der Testamentserrichtung Jemanden sich adoptirte [2]). Der Prätor aber behandelte auch das civilrechtlich rumpirte Testament als ein giltiges, gab den Testamentserben die bonor. possess. sec. tab., wenn der rumpirende postumus vor des Erblassers Tode wieder fortgefallen war [3]). Nach Justinianischem und gemeinem Rechte kommt jedoch diese Ruption des Testaments nicht mehr vor, da Justinian L. 4. Cod. de liber. praeter. 6, 28 [4]) das Notherbenrecht der postumi neu geregelt (§. 76. med.) und durch Nov. 115. cap. 3. i. f. als Folge der Präterition der eigentlichen Notherben nur Ent-

---

1) Gai. 2, 130—137; Ulp. 22, 18.
2) Gai. 2, 138; Ulp. 23, 2 und 3; §. 1. Inst. h. t. 2, 17.
3) Gai. 2, 147 sqq.; Ulp. L. 12. pr. Dig. h. t. 28, 3.
4) Vgl. §. 5. Inst. de exher. lib. 2, 13.

kräftung des Testaments hinsichtlich der Erbeseinsetzungen angeordnet hat (vgl. §. 84 a. E.).

§. 68.

Testamentum destitutum s. desertum.

Ferner muß das giltig errichtete Testament nothwendiger Weise hinterher fortfallen, es wird desertum s. destitutum, in irritum constituitur [1]), wenn alle Erben oder Substituten wegen nach der Testamentserrichtung eingetretner Hindernisse die testamentarische Erbschaft nicht erwerben können, weil sie vor dem Erblasser oder vor dem Erwerbe oder vor der möglichen Transmission gestorben sind oder die Successionsfähigkeit verloren und sie vor dem Tode des Testators nicht wieder erlangt haben (vgl. §. 38) oder die der Erbeseinsetzung hinzugefügte Bedingung deficirt [2]), oder wenn alle Erben oder Substituten die testamentarische Erbschaft nicht erwerben wollen und deßhalb sie repudiiren oder sonstwie z. B. durch Nichterfüllung der Potestativbedingung die causa testamenti omittiren, ausfallen lassen [3]). Das so destituirte Testament fällt mit allen darin enthaltnen Verfügungen, also auch mit den Vermächtnißanordnungen, fort und es tritt auch noch nach Justinianischem und gemeinem Rechte die reine Intestaterbfolge ein, denn die Meinung [4]), Justinian habe durch Nov. 1. cap. 1. diese Folge der Destituirung geändert und nach dem Ausfall der Testa-

---

1) L. 1. Dig. de iniusto, rupto etc. test. 28, 3.

2) Nach altem Rechte auch, weil sie die Kretionsfrist versäumt oder als caelibes nach der lex Iulia et Papia nicht die capacitas haben Gai. 2, 144.

3) L. 13. pr. Dig. de A. v. O. H. 29, 2.

4) Neuerdings von v. Löhr im Archiv für civil. Praxis (Heidelberg) Bd. 5. S. 392 ff. und Heimbach in Ztschr. für Civilrecht und Prozeß (Gießen) Bd. 13. S. 369 ff. vertheidigt.

mentserben und Substituten die Universal-Fideikommissare, dann die Legatare, Singular-Fideikommissare und mortis causa Beschenkten und dann erst die Intestaterben, alle aber mit der Verpflichtung, die für den Testamentserben angeordneten Auflagen zu erfüllen, zum Nachlasse berufen, ist irrig [5]). Um aber der böslichen Destituirung des Testaments und damit der böslichen Entlastung von Vermächtnissen vorzubeugen, wird nach dem prätorischen Edikte der dolose die Erbschaft ausschlagende oder die causa testamenti omittirende Erbe doch zur Leistung der Vermächtnisse angehalten [6]).

§. 69.

Unerkennbarkeit der letztwilligen Verfügung.

Endlich muß das giltig errichtete Testament, dessen ganzer oder doch wesentlicher Inhalt, also dessen Erbeseinsetzungen sammt und sonders unerkennbar (beim schriftlichen Testamente ganz unlesbar) geworden, oder das ganz zu Grunde gegangen ist, hinterher, soweit seine Existenz nicht durch andre Beweismittel dargethan werden kann (vgl. §. 73 a. E.), als wirkungslos fortfallen und Intestaterbfolge eintreten [1]). Ist dagegen das Testament nur theilweise z. B. nur in einzelnen Erbeseinsetzungen oder in seinem außerwesentlichen Inhalte z. B. in den Vermächtnißanordnungen

5) Siehe die Ausführungen von Francke, Beiträge zur Erläut. einzeln. Rechtsmat. S. 148 ff., von Mühlenbruch, Komment. Bd. 39. S. 62 ff. und von Vangerow, Pand. II. S. 199 ff. Die Nov. redet von dem Falle, wo der bereits Erbe Gewordne die Erfüllung der Auflagen weigert, nicht von der Destituirung in Folge der Repudiation.

6) Dig. Si quis omissa causa test. 29, 4.

1) L. 1. Dig. de his quae in test. delentur 28, 4; L. 1. §. 8. Dig. Si tab. test. null. extab. 38, 6.

unerkennbar, so bleibt der erkennbare und erweisliche Inhalt desselben auch in Kraft [2]).

C. Willkürliche Aufhebung des Testaments.

§. 70.

Vernichtung des Testaments.

Willkürlich kann der Testator das giltig errichtete Testament hinterher ganz wirkungslos machen, wenn er, seine Handlungsfähigkeit vorausgesetzt [1]), absichtlich oder mit seinem Willen ein dazu fähiger Dritter das einzige vorhandne Exemplar oder alle vorhandnen Exemplare äußerlich durch Zerreißen, Zerschneiden u. s. w. vernichtet oder den ganzen Inhalt des Testaments durch Ausstreichen und dgl. tilgt [2]). Dann tritt Intestaterbfolge ein [3]). Ein Gleiches ist der Fall, wenn nur der wesentliche Inhalt des Testaments, alle Erbeseinsetzungen absichtlich und rechtswirksam getilgt sind, so daß auch in diesem Falle der Regel nach die Vermächtnisse fortfallen [4]). Vernichtet der Testator dagegen wider seine Absicht oder vernichtet gegen des Testators Willen ein Dritter das Testament oder dessen wesentlichen Inhalt, so bleibt es, so weit sein Inhalt erweislich

---

2) LL. 2. §. 7, 8. §. 3. Dig. de B. P. sec. tab. 37, 11.

1) Denn die vom Handlungsunfähigen vorgenommne Vernichtung hebt das Testament nicht auf L. 20. Dig. de iniusto, rupto etc. test. 28, 3.

2) Auf diese Tilgung bezieht sich der Digestentitel de his quae in testamento delentur, inducuntur vel inscribuntur 28, 4. Inducere = das in die Wachstafeln Eingegrabne durch Eindrücken mit dem breiten Griffelende tilgen; Inscribere = die Eingrabung nach geschehner Tilgung auf der neuen Wachsfläche.

3) L. 1. §. 8. Dig. Si tab. test. null. ext. 38, 6.

4) L. 8. §. 16. Dig. de inoff. test. 5, 2; L. 178. Dig. R. I. 50, 17; über die Kodizillarklausel §. 122.

ist, bestehen und die Testamentserben können auf erbrachten Beweis die bonor. possess. sec. tab. erlangen [5]). Ebenso bleiben, wenn nicht alle vorhandnen Exemplare absichtlich und rechtswirksam vernichtet, oder nicht alle Erbeseinsetzungen getilgt sind, die noch vorhandnen Exemplare [6]) und die nicht getilgten Erbeseinsetzungen in Kraft, letztere mit der Wirkung, daß die aus dem Testamente antretenden Erben auch die Vermächtnisse derjenigen Miterben, deren Einsetzung getilgt ist, leisten müssen [7]). Das mündliche und nur des Beweises wegen schriftlich abgefaßte Testament, das s. g. testamentum nuncupativum in scripturam redactum, verliert dagegen auch durch die absichtliche Zerstörung der Beweisurkunde, soweit sein Inhalt erweislich ist, seine Wirksamkeit nicht [8]). Sind die Kodizille vernichtet, so fallen sie, mögen sie auch testamentarisch bestätigt sein, fort [9]). Die bloße Zurücknahme des gerichtlichen Testamentes aber hebt die Giltigkeit desselben nicht auf, wenn es nur noch die Zeichen der gerichtlichen Beglaubigung hat [10]).

§. 71.

Widerruf des Testaments.

So wirksam die gänzliche physische Vernichtung das Testament aufhebt, so unwirksam ist nach altem wie nach neuem Civilrecht der einfache,

---

5) LL. 1. §. 3, 11. §. 2. Dig. de B. P. sec. tab. 37, 11; L. 1. pr. Dig. h. t. 28, 4.

6) Vorausgesetzt, daß nicht die erweisliche Absicht des Testators auf Herbeiführung der Intestaterbfolge ging L. 4. Dig. h. t.; L. 1. §. 5. Dig. de B. P. sec. tab. 37, 11.

7) L. 2. Dig. h. t. 28, 4.

8) Vgl. Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 39. S. 100 ff.

9) L. 1. §. 5. Dig. eod.

10) Glück, Komment. Bd. 34. S. 218 ff.

unsolenne Widerruf des Testaments. Das alte Civilrecht sah vielmehr gemäß der Regel, daß die Auflösung der Rechtsgeschäfte, namentlich der solenn begründeten, ihrer Eingehung entsprechen müsse [1]), nur in der Errichtung eines neuen giltigen Testaments einen wirksamen Widerruf des früheren [2]), bis Honorius und Theodos II. i. J. 418. L. 6. Theod. Cod. de testam. 4, 4. verordneten, auch der bloße Ablauf eines Decennium seit der Errichtung des Testaments solle, da nach dieser Zeit wol keiner der Zeugen mehr am Leben und die Errichtung eines neuen Testaments leicht sei, das alte Testament unwirksam machen. Diese Verordnung hat jedoch Justinian i. J. 530. L. 27. Cod. de testam. 6, 23. aufgehoben und bestimmt, der bloße Ablauf des Decennium solle das giltig errichtete Testament nicht mehr entkräften, dieses könne aber nach wie vor durch die Errichtung eines neuen giltigen Testaments und dadurch aufgehoben werden, daß der Testator es vor wenigstens drei idonei testes d. h. Solennitäts-, also gehörig rogirten [3]) (nicht bloß Beweis)-Zeugen oder durch Erklärung zu gerichtlichem Protokoll widerrufe, **vorausgesetzt, daß seit der Errichtung [4]) des Testaments schon ein Decennium verflossen sei.** Die Errichtung des neuen Testaments kann innerhalb der 10 Jahre geschehen, aber der vor Ablauf der 10 Jahre wenn auch in solenner Form oder vor 7 rogirten Testamentszeugen [5]) erfolgende Widerruf ist un-

1) LL. 35, 100. Dig. de R. I. 50, 17.

2) §. 7. Inst. Quib. mod. test. infirm. 2, 17 und dazu Theoph. paraphr.

3) Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 38. S. 282 ff.

4) Nicht, wie manche wollen, seit der Widerrufserklärung, vgl. Mühlenbruch-Glück eod. S. 288 ff.

5) Mühlenbruch-Glück eod. S. 292 ff.

wirksam. Diese Bestimmung, an der das gemeine Recht nichts geändert hat, gilt für alle Arten von Testamenten, für die Privat- wie für die öffentlichen Testamente, so daß gemeinrechtlich auch ein gerichtliches Testament vor Ablauf des Decennium nicht giltig widerrufen werden kann [6]).

§. 72.

Errichtung eines neuen Testaments.

Endlich kann der Testator, so lange er lebt und die testamenti factio hat — „ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum" [1]) — das giltig errichtete Testament jeder Zeit durch giltige Errichtung eines neuen abändern und sich diese Befugniß weder durch Hinzufügung der derogatorischen Klausel d. h. des Zusatzes nehmen, es sollten die künftigen letztwilligen Verfügungen, welche den jetzigen widersprächen, nicht gelten [2]), noch auch durch einen Vertrag, der die Unwiderruflichkeit des Testaments festsetzte [3]). Das in Folge der Willensänderung giltig errichtete spätere Testament (iure sive rite perfectum), aus dem also hätte angetreten werden können, hebt das frühere, auch wenn ihm die derogatorische Klausel hinzugefügt war, ipso iure, ohne daß es erst eines ausdrücklichen Widerrufs bedürfte, und ohne Rücksicht darauf, ob aus dem späteren Testamente auch angetreten wird, auf: poste-

---

6) Mühlenbruch-Glück eod. S. 310 ff.

1) Ulp. L. 4. Dig. de adim. leg. 34, 4.

2) L. 22. pr. Dig. de leg. III°.; die testamenti factio ist publici, nicht privati iuris; vgl. Cuiacius, Observ. libr. XIV. cap. VII. und Bynkershoeck, Observ. libr. III. cap. VI. Ueber die eidliche Bestärkung der derogatorischen Klausel vgl. Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 38. S. 189 ff.

3) Denn ius publicum pactis privatorum mutari non potest. Anderer Meinung Mühlenbruch loc. cit. S. 209 ff.

riore testamento quod iure perfectum est superius rumpitur [4]), und es gilt nun für den Nachlaß des paganus [5]), der ja gewöhnlich in einem Testamente über seine familia verfügt, regelmäßig nur das letzte Testament, so daß das frühere ganz wirkungslos wird. Der Prätor giebt jedoch, wenn der Testator das spätere Testament in der Absicht, daß das frühere wieder in Kraft trete, hinterher zerstört hat, aus diesem letzteren die sec. tab. bonor. poss. [6]), und ausnahmsweise gilt das frühere Testament auch civilrechtlich als Testament, das spätere nur als Kodizill, wenn der Testator jenes nur geändert, weil er den eingesetzten Erben irrthümlicher Weise für todt gehalten hat [7]). Gleichfalls tritt eine Ausnahme von der Regel, daß nur das letzte Testamente gelte, dann ein, wenn der Testator das frühere Testament im späteren ausdrücklich für giltig erklärt oder im späteren nur Erben auf bestimmte Sachen oder Quantitäten eingesetzt hat; dann gilt nämlich das frühere Testament, trotzdem es als solches durch das spätere rumpirt wird, noch als fideikommissarische Verfügung, die in ihm Eingesetzten als Fideikommissare [8]). Und endlich erleidet jene Regel eine Ausnahme, wenn mehrere Testamente gleichzeitig solennisirt sind, weil sie in diesem Fall wie ein einziges gelten [9]). — Die Ruption des früheren Te-

---

4) Gai. 2, 144; §. 2. Inst. Quib. mod. test. infir. 2, 17; Ulp. 23, 2; L. 27. Cod. de test. 6, 23.

5) Anders für das Soldatentestament L. 19. pr. Dig. de test. mil. 29. 1.

6) L. 11. §. 2. Dig. h. t. 37, 11.

7) L. 92. Dig. de hered. inst. 28, 5.

8) L. 12. §. 1. Dig. de iniusto, rupto etc. test. 28, 3; L. 29. Dig. ad S. C. Trebell. 36, 1; §. 3. Inst. Quib. mod. test. infir. 2, 17.

9) L. 1. §. 6. Dig. de B. P. sec. tab. 37, 11. Nach der rich-

staments durch ein späteres tritt, wie gesagt, regelmäßig nur dann ein, wenn das letztere iure sive rite perfectum ist d. h. wenn alle civilrechtlichen Erfordernisse hinsichtlich der Form und des Inhalts des Testaments erfüllt sind; fehlt es dagegen an einem dieser Erfordernisse, ist das spätere Testament non iure factum s. imperfectum, so rumpirt es der Regel nach das frühere nicht [10]). Ausnahmsweise aber rumpirt zu Gunsten der Intestaterben auch ein posterius testamentum imperfectum das frühere, wenn in dem früheren nur extranei (nicht neben ihnen auch Intestaterben) eingesetzt waren und der Testator nun in der spätern letztwilligen Verfügung alle seine nächsten Intestaterben einsetzt [11]). Diese letztwillige Verfügung soll zu Gunsten der Intestaterben das frühere giltig errichtete Testament entkräften und trotz seiner mangelhaften Form zwar nicht als Testament, doch aber als voluntas intestati [12]) gelten, vorausgesetzt, daß fünf fähige Zeugen **eidlich** erhärten können, daß die ihnen vorgelegte Urkunde den letzten Willen

---

tigeren Ansicht aber gelten auch wol zwei ganz verschiedne Testamente, von denen man nicht weiß, welches das spätere ist, neben einander, da im Zweifel die Rechtsgeschäfte durch günstigere Auslegung aufrecht zu erhalten sind. Andrer Meinung Vangerow, Pand. II. S. 209 Nr. 5.

10) §. 7. Inst. h. t. 2, 17. Imperfectum nach klassischem Rechte ist also auch dasjenige Testament, dem es mehr oder weniger an der Mancipations-Solennität fehlt (Gai. 2, 119), oder das nicht signirt oder nicht von allen Zeugen signirt ist (L. 6. pr. Dig. de leg. Corn. de falsis 48, 10. cf. §. 41).

11) L. 2. Dig. de iniusto etc. test. 28, 3.

12) Nov. Theod. II. tit. XVI. de test. §. 7. (ed. Haen. pag. 63 sq.) = L. 21. §. 3. Iust. Cod. de test. 6, 23. a. Meinung Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 38. S. 378. vgl. Pfotenhauer in Ztschr. für Civilrecht und Prozeß (Gießen) Bd. 16. S. 9—18.

des Testirenden enthalte [13]); sonst „valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei“.

VI. Testamentseröffnung und -vollstreckung.

§. 73.

Testamentseröffnung. Ist das giltig errichtete Testament nicht aus einem jener vorgenannten Gründe hinterher wieder fortgefallen, so erfolgt dessen Eröffnung (bei uns Publikation, bei den Römern gewöhnlich recitatio genannt) nach des Testators Tode entweder gerichtlich oder außergerichtlich. Die gerichtliche Eröffnung kannte das römische Recht nur bei schriftlichen Privat-, nicht bei öffentlichen Testamenten, mußte nach ihm wegen der durch die lex Iulia vicensimaria eingeführten fünfprocentigen Erbschaftssteuer spätestens fünf Tage nach des Testators Tode geschehen und geschah dann dadurch, daß der vom Testator dazu Bevollmächtigte die Urkunde vor Gericht überreichte und der vorsitzende Magistrat die geladnen Zeugen zur Rekognition ihrer Siegel und superscriptiones aufforderte, die Siegel in ihrer Gegenwart erbrechen, das ganze Testament verlesen, es wieder versiegeln ließ, seine Aufbewahrung in der Registratur anordnete und über den ganzen Eröffnungsakt ein Protokoll aufnehmen ließ [1]). Diese fünf-

---

13) So verstehe ich die Worte der Theodos. Nov. „quinque testium iuratorum depositiones sufficient“ vgl. Pfotenhauer loc. cit. S. 18 ff. Andre (vgl. Mühlenbruch loc. cit. S. 395 ff.) beziehen sie auf die Errichtungsform und verlangen nur die Gegenwart von 5 tüchtigen Zeugen, ohne daß die Vorschrift der eidlichen Erhärtung des Zeugen etwas wesentliches sei. Ueber diese Streitfragen vgl. auch Vangerow, Pand. II. S. 206 f.

1) Paul. S. R. de vicesima IV, 6; Dig. h. t. 29, 3; Cod. h. t. 6, 32. vgl. Savigny, Verm. Schrift. B. 3. S. 122 ff. und Gesch.

tägige Eröffnungsfrist wurde nur dann verlängert, wenn ex S. C. Silaniano (763. a. u.) eine Untersuchung über die Ermordung des Testators angeordnet werden mußte[2]). Nach gemeinem Rechte dagegen, in dem jene römisch rechtlichen Bestimmungen antiquirt sind, hat die gerichtliche Eröffnung nur Statt bei gerichtlich aufgenommnen Testamenten, oder wenn der Testator die Apertur ausdrücklich angeordnet hat, oder wenn die Betheiligten (die Intestaterben, die im Testamente vermuthlich Bedachten u. s. w.) darauf angetragen haben oder das Gericht dazu aus besondern Gründen z. B. wegen Verdachts der Fälschung, zur Wahrnehmung des Interesses dritter Personen u. s. w. veranlaßt wird. Die Eröffnung geschieht dann, ohne daß dafür gemeinrechtlich eine bestimmte Frist festgesetzt wäre, in Gegenwart der vorgeladnen anwesenden Interessenten und Zeugen, welche ihre Siegel und Unterschriften anzuerkennen haben, durch Verlesung der ganzen Urkunde, durch deren Wiederversiegelung und Einregistrirung von Seiten des Gerichts und Aufnahme eines Protokolls über den ganzen Hergang. Dabei bleiben aber diejenigen Theile des Testaments, deren Eröffnung der Testator verboten hat, und regelmäßig auch die pupillares tabulae (vgl. §. 63 Note 11) uneröffnet [3]). Die geschehne Agnatur wird denjenigen Abwesenden, die im Testamente bedacht sind, notificirt. — Ein jeder Betheiligter oder wer ein rechtliches Interesse daran zu haben glaubt, kann nach Leistung des Kalumnieneides, wenn er gefordert wird, Einsicht und Abschrift des Testaments ver-

des römischen Rechts im M. Bd. 1. S. 109 f.; Spangenberg im Archiv für civil. Praxis (Heidelberg) Bd. 5. S. 158 ff.

2) Paul. S. R. ad S. C. Silan. III, 5; Dig. eod. tit. 29, 5.

3) L. 3. Cod. h. t. 6, 32; L. 2. §. 6. Dig. h. t. 29, 3.

langen mit Ausnahme derjenigen Stellen, deren Eröffnung der Testator verboten hat, sowie derjenigen, die eine Person beschimpfen (ad ignominiam alicuius pertinentes, des s. g. Löwenrachen); die Abschrift wird, ne quid falsi fiat, nur mit Weglassung des Datums gegeben [4]). Dieses Recht auf Vorzeigung der Testamentsurkunde oder Leistung des Interesses machen die Betheiligten gegen jeden wirklichen oder fingirten Inhaber derselben mit dem exhibitorischen interdictum de tabulis exhibendis geltend [5]). — Was den Beweis der Existenz und der Echtheit des Testaments betrifft, so ist dieser von demjenigen, welcher Rechtsansprüche daraus ableitet, beim öffentlichen Testamente durch eine obrigkeitlich beglaubigte Kopie der Urkunde zu erbringen, beim schriftlichen Privattestamente durch Produktion desselben und Erweisung der Echtheit der Zeugenunterschrift und ihrer Siegel, beim mündlichen durch eidliche Aussage aller noch lebender Testamentszeugen, deren wenigstens noch zwei sein müssen [6]). Ist das schriftliche Testament nicht mehr vorhanden, oder kann das mündliche durch noch lebende Testamentszeugen nicht bewiesen werden, so muß die Existenz desselben derjenige, welcher sie behauptet, durch andre Mittel erweisen [7]). Existirt das schriftliche Testament in mehreren Exemplaren, so gilt jedes als Testament, wenn die Erfordernisse eines solchen erfüllt sind [8]), und ist von meh-

4) L. 3. cit. Cod. h. t.; L. 2. §. 6. Dig. h. t.

5) Dig. de tab. exhib. 43, 5; L. 2. §. 8. Dig. test. quem ad mod. aper. 29, 3.

6) LL. 4—7. Dig. eod. Andre halten die Vernehmung aller 7 Zeugen zur Giltigkeit des mündlichen Testaments für nothwendig und erklären dieses für ungiltig, wenn einer jener Zeugen vor der Vernehmung gestorben ist. So Glück, Komment. Bd. VII. S. 504 ff.

7) L. 10. §. 2. Dig. eod.

8) L. 1. §. 6. Dig. de B. P. sec. tab. 37, 11. (cf. §. 72. Note 9.).

reren Exemplaren nur eines noch vorhanden, so gilt dieses [9]). Auslöschungen, Durchstreichungen, Ueberschreibungen u. dgl. schaden dem sonst giltig errichteten Testament nicht; es kommt dabei alles auf den Willen des Testators an [10]).

§. 74.

Testamentsvollstreckung.

Die Vollstreckung des giltig errichteten letzten Willens kann einer Person besonders aufgetragen werden, und diese heißt Testamentsexekutor. Berufen wird dieser entweder und zwar meistens durch den Testator selbst im Testament (s. g. executor testamentarius) oder in Folge eines Vertrages zwischen ihm und dem Testator oder zwischen ihm und den Erben (s. g. executor conventionalis) oder durch die Obrigkeit (s. g. executor dativus) oder wie bei der Einsetzung einer pia causa durch das Gesetz (s. g. executor legitimus), und zwar kann jeder zur Ausführung der ihm aufgetragnen Geschäfte juristisch Fähige, also auch die Frau [1]), soweit es sich nicht um officia publica handelt, zum Testamentsexekutor berufen werden. Je nach dem äußerlichen Umfange seines Auftrages ist er entweder ein universeller, genereller oder specieller Exekutor und darnach bestimmt sich auch der Umfang seiner Berechtigungen und Verpflichtungen, die im Allgemeinen denen eines Mandatars gleich sind und ihm die Bewirkung der Testamentsapertur, der Erbesantretung, der Einweisung in den Nachlaßbesitz, die Ausführung der Vermächtnißanordnungen und Rechnungsablage [2]) auferlegen. Die Berechtigungen und Verpflichtungen der gesetzlichen

---

9) L. 1. §. 5. Dig. eod.

10) Dig. tit. de his quae in test. del. 28, 4.

1) Cap. 3. X. de testam. 3, 26.

2) Clem. un. de testam. 3, 6.

Exekutoren bestimmen sich nach dem Gesetze, das sie zur Exekution ruft. Ob aber der berufne Testamentsexekutor den Auftrag annehmen will, hängt mit Ausnahme der gesetzlichen Exekutoren von seinem Willen ab; weigert er sich, den einmal übernommnen Auftrag auszuführen, so verliert er alles ihm mit Rücksicht auf die Exekution Zugewendete [3]). Die Exekution erlischt, abgesehen von hinterher eintretender rechtlicher Unfähigkeit und besonders festgesetzten Beendigungsgründen, wie ein Mandat mit der Beendigung der übernommnen Geschäfte und mit dem Tode des Exekutors [4]).

Dritter Abschnitt: Notherbfolge.

I. Begriff und Arten der Notherbfolge.

§. 75.

Altes und neues Civilrecht.

Bisher ist in der Intestaterbfolge die gesetzliche, ohne Testament und somit ohne den ausdrücklich erklärten Willen des Erblassers, in der testamentarischen Erbfolge die auf Grund des Testaments und somit gemäß dem ausdrücklich erklärten Willen des Erblassers eintretende Succession dargestellt worden. Außer diesen beiden gibt es aber noch eine dritte Succession, welche gegen das Testament und somit gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Erblassers eintritt, und diese heißt Notherbfolge. Das älteste römische Civilrecht der 12 Tafeln kannte zwar diese Notherbfolge noch nicht; es ließ

3) L. 12. §. 4. Dig. de relig. 11, 7.

4) Ueber die Rechtsmittel, durch welche die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten zwischen dem Testamentsexekutor und den Erbinteressenten geltend gemacht werden, vgl. Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 43. S. 441 ff.

dem Testator völlig freie Verfügung über seinen Nachlaß, so daß er selbst seine Kinder und andre ihm nahe stehenden Verwandten, ohne ihrer im Testament zu erwähnen, von der Erbschaft ausschließen konnte [1]). Aber schon das spätere, unter dem Einflusse der interpretatio der Juristen ausgebildete Recht der Republik beschränkte diese völlige Testirfreiheit und legte dem testirenden paganus [2]) die Verpflichtung auf, die naturgemäß zunächst auf die familia Berechtigten (§. 1), die sui, nicht zu präteriren d. h. sie nicht durch bloßes Stillschweigen von der Erbschaft auszuschließen, sondern sie entweder zu Erben einzusetzen oder sie förmlich zu enterben. Diese Personen heißen Notherben, weil sie, wenn sie nicht ausdrücklich von der Erbschaft ausgeschlossen sind, nothwendiger Weise zu Erben eingesetzt werden müssen; sie sind Notherben wegen Präterition, eigentliche Notherben [3]). Mit dieser Verpflichtung zur Einsetzung oder Enterbung war aber der unbegründeten, lieblosen Enterbung der nächsten Blutsverwandten nicht vorgebeugt; es war mit ihr nur formell für diese gesorgt. Um auch materiell für sie zu sorgen, erkannte gleichfalls schon das spätere Recht der Republik noch eine zweite Verpflichtung des Testators

---

1) Ulp. 11, 14: Uti legasset super familia pecunia tutelave suae rei, ita ius esto Gai 2, 224; Pomp. L. 120. Dig. de V. S. 50, 16.

2) Nicht dem Soldaten, gegen dessen Willen es keine Erbfolge gibt; er braucht keine derjenigen Personen, die für den paganus Notherben sind, zu berücksichtigen, wenn er nur gewußt hat, daß sie da waren: §. 6. Inst. de exher. lib. 2, 13; LL. 7, 33. §. 2. Dig. de test. mil. 29, 1; LL. 9, 10. Cod. eod. tit. 6, 21.

3) Die Römer haben keinen besondern Ausdruck dafür; ihre heredes necessarii sind nicht Notherben in unserm Sinne, sondern solche, die, sie mögen wollen oder nicht, also gegen ihren Willen, Erben werden, die Erbschaft übernehmen müssen: Gai. 2, 153; Ulp. 22, 24.

an, nämlich die: den nächsten Blutsverwandten eine gesetzlich bestimmte Portion, die sogenannte legitima portio, den Pflichttheil zuzuwenden; und so traten neben die eigentlichen Notherben die Pflichttheilsberechtigten oder die Notherben wegen Pflichttheilsberechtigung.

Da nun die Notherbfolge durch die Justinianische Novelle 115. reformirt ist, so ist zuerst die vor dieser Novelle in Kraft gewesne, dann die nach der Novelle geltende und ihr Verhältniß zum früheren Rechte darzustellen.

II. Notherbfolge vor Novelle 115.

A. Notherbfolge wegen Präterition.

1. Recht auf Einsetzung oder Enterbung.

§. 76.

Nach klassischem Civil-, prätorischem und Justinian. Recht.

Nach klassischem **Civilrecht** [1]) mußte der Testator alle seine sui [2]), die zur Zeit der Testamentserrichtung schon gebornen wie die ihm durch spätere Geburt agnoscirenden und quasiagnoscirenden, als domestici heredes, die ipso iure Erben werden (§. 4), aber auch nur diese, nicht die durch cap. diminutio aus dem Agnationsverbande getretnen emancipati entweder giltig einsetzen oder giltig enterben. Zur giltigen Einsetzung verlangte dieses Recht beim filius [3]) suus eine direkte, also te-

1) Vgl. für das Folgende namentlich Gai. 2, 123 sqq.; Ulp. 22, 14—23; Paul. S. R. III, 4B; Inst. de exher. liber. 2, 13; Dig. de liber. et postum. 28, 2; Cod. de lib. praet. 6, 28. und de postum. her. instit. 6, 29.

2) Also nur der pater familias, nicht die Mutter, die wegen Unfähigkeit zur potestas keine sui hat.

3) Der dem alten agnatischen Intestaterbrechte gemäß (§. 20) vor den übrigen Notherben hervortritt.

stametarische und entweder pure oder potestativ bedingte Einsetzung und ließ die Hinzufügung einer andern Bedingung nur dann zu, wenn der filius für den Fall der Deficienz derselben („in defectum condicionis“) ausdrücklich enterbt [4]) war [5]); alle übrigen sui dagegen konnten unter jeder Bedingung eingesetzt werden [6]). Zur giltigen Enterbung verlangte das klassische **Civilrecht** beim filius suus und bei allen männlichen postumi namentliche [7]), unbedingte [8]) Ausschließung von der ganzen [9]), nicht bloß von einem Theile der Erbschaft, ließ dagegen bei allen übrigen sui die Enterbung inter ceteros [10]) zu, nur daß den so enterbten weiblichen postumi, damit sie nicht präterirt schienen, etwas legirt werden mußte. Der Prätor aber dehnte die alternative Verpflichtung zur Einsetzung oder Enterbung auch auf die von ihm den suis gleichgestellten emancipati (§§. 7. 20) aus und forderte direkte jedoch unter Zulassung jeder Bedingung [11]) angeordnete Einsetzung aller seiner Notherben oder unbedingte, namentliche Ausschließung aller männlichen Descendenten von der ganzen Erbschaft, während er die

---

4) Denn tritt sie ein, so ist er eingesetzt, deficirt sie, so ist er enterbt, in keinem Falle präterirt.

5) L. 4. Cod. de inst. et subst. 6, 25. L. 83. Dig. de cond. et demonstr. 35, 1. cf. L. 4. §. 1. Dig. de hered. inst. 28, 5.

6) LL. 4. pr. 6. §. 1. Dig. eod.; L. 24. Dig. de lib. et post. 28, 2.

7) „Titius filius meus exheres esto. Quicumque mihi filius genitus fuerit exheres esto.“ cf. LL. 2, 3. pr. Dig. eod. 28, 2. vgl. Francke, Notherbenrecht S. 60 f.

8) L. 3. §. 1. Dig. eod.; L. 18. pr. Dig. de B. P. cont. tab. 37, 4.

9) L. 3. §. 2. Dig. de lib. et post. 28, 2.

10) „Ceteri exheredes sunto.“

11) L. 2. §. 1. Dig. de B. P. sec. tab. 37, 11; L. 3. §§. 11—13. Dig. de B. P. contr. tab. 37, 4.

weiblichen inter ceteros zu exherediren gestattete. — Justinian endlich hob i. J. 531 durch seine const. 4. Cod. de lib. praet. 6, 28 hinsichtlich der Einsetzung und Enterbung den Unterschied zwischen Söhnen und Töchtern, Enkeln und Enkelinnen u. s. w. und damit die exheredatio inter ceteros ganz auf und verordnete, daß alle Notherben, die schon gebornen wie die postumi, nominatim enterbt werden müßten. So galten nach Justinianischem Recht vor Novelle 115 folgende Grundsätze:

1) für die Einsetzung. Sie muß direkt, also im Testament (nicht im Kodizill), ferner entweder pure oder ohne Unterschied bei männlichen wie bei weiblichen Descendenten [12]) unter einer reinen Potestativbedingung geschehen; eine anders bedingte Erbeseinsetzung gilt nur, wenn der Eingesetzte ausdrücklich in defectum condicionis enterbt ist [13]), und die unter einer unmöglichen oder unerlaubten Bedingung angeordnete ist ipso iure nichtig [14]);

2) für die Enterbung. Sie muß direkt und zwar

---

12) Vgl. Francke, Notherbenrecht S. 48; Vangerow, Pand. II. S. 235; andrer Meinung Mühlenbruch, Komment. Bd. 37. S. 215 ff.

13) Einer solchen ausdrücklichen Enterbung aber bedarf es nicht bei der Bedingung Si volet (§. 58): L. 86. pr. Dig. de hered. inst. 28, 5, denn exheredationes non sunt adiuvandae (L. 19. Dig. de liber. et post. 28, 2.

14) Der Eingesetzte kann oder darf ja eine solche Bedingung nicht erfüllen L. 15. Dig. de cond. inst. 28, 7. Wenn dennoch manche eine solche Bedingung mit Berufung auf L. 32. Cod. de inoff. test. 3, 28 pro non scripta halten, so übersehen sie, daß jene L. 32. nur vom Pflichttheil, der freilich pure hinterlassen werden muß (§. 80), redet. Vgl. Mühlenbruch, Komment. Bd. 35. S. 330 ff.; Puchta, Vorlesgg. II. S. 365.

nominatim, unbedingt (ausgenommen den Fall einer bedingten Einsetzung und Enterbung auf den Gegenfall) und in Bezug auf die ganze Erbschaft geschehen. Sind mehrere gradus heredum gemacht (§. 61), so muß der Notherbe von allen Graden enterbt werden, und zwar gilt die vor den Substitutionen[15]) stehende Enterbung von allen Graden, sonst nur von dem Grade, bei dem sie steht. Der Anführung eines Enterbungsgrundes bedarf es nicht.

2. Folgen der Präterition.

§. 77.

Nach klassischem Civil-, prätor- und Justinian. Recht.

War der filius suus präterirt, oder nicht so, wie es das klassische **Civilrecht** forderte, eingesetzt oder enterbt, so war nach diesem Rechte das ganze Testament von vornherein ipso iure[1]) nichtig und konnte, quia quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere[2]), nach der konsequenteren Ansicht der Sabinianer auch hinterher nicht zu Kräften kommen[3]); es trat Intestaterbfolge ein. Die Präterition resp. ungiltige Einsetzung

15) L. 3. §§. 3, 4. Dig. de lib. et post. 28, 2; L. 1. Cod. de lib. praeter. 6,28; vgl. Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 36. S. 428 ff.; Francke loc. cit. S. 59 ff.; Vangerow, Pandekten loc. cit. S. 238 ff.

1) Die Annahme einer s. g. querela nullitatis, die diese Nichtigkeit erst aussprechen soll, ist daher widersinnig; was gar nicht existirt, kann doch nicht vernichtet werden.

2) Paul. L. 29. Dig. de R. J. 50, 17.

3) Die Prokulianer dagegen behandelten es als giltig, wenn der präterirte filius vor dem Testator gestorben war. Gai. 2, 123. pr. Inst. de exher. lib. 2, 13 (wo nur die Meinung der Sabinianer erwähnt ist); L. 32. Dig. de lib. et post. 28, 2.

oder Enterbung aller übrigen schon gebornen sui dagegen vernichtete das Testament nicht, führte die Intestaterbfolge nicht herbei, sondern gab jenen nur ein Adkrescenzrecht andern suis gegenüber auf eine Virilportion, extraneis gegenüber auf die Hälfte der Erbschaft [4]). Die Präterition der postumi und quasi postumi rumpirte das Testament (§. 67). Der Prätor dagegen gab allen seinen präterirten oder nicht so, wie er es verlangte, eingesetzten oder enterbten Notherben den Anspruch auf die B. P. contra tabulas unter den §. 7. Nr. I. aufgeführten Voraussetzungen und mit den dort angegebnen Folgen, so daß die extranei heredes von der Erbschaft ganz ausgeschlossen wurden [5]). Nach Justinian's reformirender const. 4. Cod. de lib. praeter. cit. (§. 76) endlich ist das alte civile Adkrescenzrecht der Töchter, Enkel u. s. w. ganz aufgehoben, und es war seitdem das Testament nicht nur wegen Präterition des filius suus, sondern auch wegen Präterition aller übrigen schon gebornen Notherben ipso iure von vornherein nichtig, so daß Intestaterbfolge eintrat, während nach wie vor die Agnation und Quasiagnation der präterirten postumi und quasi post-

4) Gai. 2, 124. Ulp. 22, 17; Paul. S. R. III, 4. B. §. 8; pr. Inst. de exh. lib. 2, 13. (dazu Theoph. Paraphr.); frgm. de iure fisci §. 11; L. 4. Cod. de lib. praet. 6, 28. Die Vertheilung fand dabei wahrscheinlich nach den Regeln der Intestaterbfolge Statt. Ueber die Interpretation der citirten Stelle des Paulus vgl. Bluntschli, Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen S. 39 ff.

5) Die Vertheilung erfolgte auch hier nach Analogie der Intestaterbfolge. LL. 1. §. 1, 4. §. 1, 6. §. 1, 11. §. 1. Dig. h. t. 37, 4. Die Töchter und Enkelinnen beschränkte jedoch ein Reskript Antonin's auf das, was sie durch das Adkrescenzrecht erhalten hätten, wenn sie beim Tode des Testators in dessen Gewalt gewesen wären; mehr sollten sie durch die B. P. c. t. nicht erhalten. Gai. 2. 126; vgl. Francke, Notherbenrecht S. 121 ff. namentlich S. 136 ff.

umi das anfangs giltig errichtete Testament rumpirte und die Notherben, namentlich die präterirten Emancipirten, wie früher die B. P. contra tabulas [6]) hatten. Dazu kommt die B. P. contra tabulas des Vaters oder Großvaters dem Nachlasse seines emancipirten und ohne leibliche Descendenz verstorbnen Kindes oder Enkels gegenüber. Diese vom Prätor nach Analogie des patronatischen Notherbenrechts [7]) für den parens manu missor ausgebildete und ursprünglich auf die Hälfte [8]) des Nachlasses gehend, steht nach Justinianischem Recht jedem Emancipator auf ein Drittel [9]) des Nachlasses dann zu, wenn das sine liberis gestorbne emancipirte Kind ihm nicht wenigstens $\frac{1}{3}$ aus dem Nachlasse auf irgend eine Weise hinterläßt [10]). Diese Berechtigung bildet als ein Recht auf eine bestimmte Quote gewissermaßen den Uebergang von dem rein formellen Rechte auf Einsetzung oder Enterbung zu der materiellen Pflichttheilsberechtigung.

---

6) Die keineswegs, wie Theoph. paraphr. ad §. 5. Inst. de exher. lib. 2, 13 meint, durch l. 4. Cod. cit. de lib. praet. aufgehoben ist.

7) Gai. 3, 40 sqq. vgl. Unterholzner, Ueber das patron. Erbrecht in Ztschr. f. g. R.-W. Bd. 5. S. 84 ff.

8) L. 1. Dig. Si a par. quis m. m. 37, 12. cf. L. 1. §. 2. Dig. de bon. libert. 38, 2.

9) Ausnahmsweise auf das Ganze L. 3. pr. Dig. Si a par. quis m. m. 37, 12.

10) L. ult. Cod. de bon. libert. 6, 4; cf. l. ult. Cod. de emanc. 8, 49; §. 8. Inst. de leg. adgnat. succ. 3, 2.

B. Pflichttheilsberechtigung.

1. Begriff des Pflichttheils und Pflichttheilsberechtigte.

§. 78.

Altes und Justin. Recht.

Pflichttheil [1]) nämlich oder portio legitima ist die gesetzlich bestimmte Portion, welche bestimmten nahen Blutsverwandten zugewendet werden muß, wenn nicht das Testament als inofficiosum, als contra officium pietatis factum in Folge der Inofficiositätsquerel (§§. 81 ff.) rescindirt werden soll. Die Querel war wol ursprünglich allen nach Civilrecht wie nach prätorischem Recht ab intestato Berufnen, also auch allen Kognaten offen, allmälig aber gestand man sie als wirksam nur den Eltern, Kindern und Geschwistern des Erblassers zu [2]), entzog sie seit Diokletian und Maximian [3]) mit Ausnahme der Geschwister allen übrigen Seitenverwandten des Erblassers ausdrücklich, und gestattete sie seit Konstantin [4]) auch den Geschwistern nur beschränkt. Im Justinianischen Recht [5]) sind daher außer den Notherben wegen Präterition pflichttheilsberechtigt nur:

1) alle **intestaterbberechtigten** [6]) Descendenten

---

1) Vgl. für das Folgende den Titel de inofficioso testamento in Paul. S. R. IV, 5; Greg. Cod. 2, 6; Theod. Cod. 2, 19; Inst. 2, 18; Dig. 5, 2; Iust. Cod. 3, 28.

2) Daher Ulp. L. 1. Dig. h. t. 5, 2: Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent.

3) L. 21. Cod. h. t. 3, 28 a. 294.

4) LL. 1. und 3. Theod. Cod. h. t. 2, 19. a. 319. und 332.

5) Nov. 1. praef. und §. 2.

6) Der Pflichttheil ist ja Theil der Intestatportion, portio legitimae s. debitae partis.

des Erblassers, leibliche wie adoptirte[7]), und zwar von den leiblichen der Mutter und den mütterlichen Ascendenten gegenüber die ehelichen wie unehelichen[8]) mit Ausnahme der incestuosi liberi (§. 22), dem Vater und den väterlichen Ascendenten gegenüber natürlich nur die ehelichen[9]); von den adoptirten der plene Adoptirte seinem Adoptivvater und der von einer Frau Adoptirte dieser gegenüber[10]), nicht aber der plene Adoptirte, so lange die Adoption besteht, seinem leiblichen Vater[11]), nicht der minus plene Adoptirte selbst während bestehender Adoption seinem Adoptivvater (§. 23), nicht der adoptirte Unmündige dem Adrogator gegenüber (§. 13);

2) alle **intestaterbberechtigten** Ascendenten[12]) des Erblassers, leibliche wie Adoptiv-Ascendenten[13]), von Letzteren aber nur der plene, nicht der minus plene Adoptirende dem Adoptirten gegenüber (§. 23); und

3) die vollbürtigen und bloß durch den Vater verwandten Geschwister, also die germani und consanguinei des Erblassers. **Nur sie** haben seit der

---

7) Pr. §. 2. Inst. h. t. 2, 18.

8) L. 29. §. 1. Dig. h. t. 5, 2.

9) Auch nicht die Konkubinenkinder, die nur Intestaterbrecht (§. 22), kein Pflichttheilsrecht haben. Vgl. Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 35. S. 161 ff.

10) Vgl. Mühlenbruch eod. S. 183 ff.; Francke, Notherbenrecht S. 185.

11) Vgl. Mühlenbruch eod. S. 167 ff.; Francke loc. cit. S. 182 ff.

12) Siehe dabei über die Testirfähigkeit der Hauskinder §. 37.

13) LL. 1, 15. pr. Dig. h. t. 5, 2.

auch von Justinian in seinen Codex [14]) aufgenommnen Konstantinischen Konstitution (Note 4) die Querel, **nicht** die bloß durch die Mutter verwandten Geschwister, die uterini, trotz ihrer Gleichstellung mit den consanguinei hinsichtlich der Intestaterbfolge [15]) (§. 21), und nicht die Geschwisterkinder [16]) trotz einer eben solchen Gleichstellung mit den Geschwistern (§§. 29 und 30). Ja selbst die germani und consanguinei haben nicht wie die De- und Ascendenten absolut, sondern nur relativ, nämlich nur dann Pflichttheilsrecht, wenn der eingesetzte Erbe eine turpis persona und ihnen vorgezogen ist („si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur") [17]). So läuft also auch die Pflichttheilsberechtigung der vollbürtigen Geschwister ihrer gleichen Intestaterbberechtigung mit den Ascendenten (§. 29) nicht parallel [18]).

---

14) Als L. 27. Cod. h. t. 3, 28 (§. 1. Inst. h. t. 2, 18) aber ohne Rücksicht auf die in der Konstantin. Konstitution hervorgehobne Fortdauer der Agnation („agnatione durante vel non").

15) Die Nov. 118. cap. 4. redet nur von Intestaterbrecht, nicht von Pflichttheilsrecht.

16) Obwol manche irrig für Geschwister wie für Geschwisterkinder eine Gleichstellung hinsichtlich des Intestaterbrechts und der Pflichttheilsberechtigung aus Nov. 118. folgern. Dagegen Glück, Komment. Bd. 7. S. 5 ff.; Mühlenbruch eod. Bd. 35. S. 230 ff.

17) Theoph. paraphr. ad §. 1. Inst. h. t. 2, 18; Francke, Notherbenrecht S. 192 ff.

18) Intestaterbrecht und Pflichttheilsrecht decken sich nicht. Zwar hat keiner Pflichttheilsrecht, der nicht auch Intestaterbrecht hat, aber nicht jeder Intestaterbberechtigte z. B. nicht der minus plene Adoptirte, die uterini, die Geschwisterkinder haben auch Pflichttheilsrecht, und so kann man nahe an der Intestaterbfolge sein und doch kein Pflichttheilsrecht haben. Beispiele: der minus plene Adoptirte ist seinem Adoptivvater gegenüber näher an der Intestatsuccession als die

Sind nun zu gleicher Zeit pflichttheilsberechtigte Descendenten, Ascendenten und Geschwister da, so schließen unbestritten die Descendenten die Ascendenten von der Querel aus, so daß die Letzteren ihr Pflichttheilsrecht erst geltend machen können, wenn jene die Querel nicht anstellen wollen oder nicht haben durchführen können [19]). Ob aber auch die Ascendenten die einer turpis persona vorgezogenen germani und consanguinei ausschließen, so daß die Letzteren erst nach den Ascendenten die Querel anstellen können [20]), ist sehr streitig, die konsequentere Meinung aber wol die, die germani als mit den Ascendenten gleich intestaterbberechtigt auch zugleich mit diesen, die consanguinei dagegen, denen die Ascendenten in der Intestatsuccession vorgehen, erst nach diesen [21]) zur Querel zuzulassen. Sind nur pflichttheilsberechtigte Descendenten oder nur pflichttheilsberechtigte Ascendenten da, so machen beide ihre Berechtigung nach ihrem Intestaterbfolgerecht, jene also ohne Rücksicht auf den Grad, diese der Gradsnähe nach geltend, so daß der dem Grade nach nähere Ascendent alle entfernteren ausschließt (§. 29).

Die arme, undotirte Witwe hat zwar auch Anspruch auf eine bestimmte Portion, aber zur Geltendmachung des-

---

Ascendenten des Letztern, aber nur die Ascendenten, nicht der Adoptirte haben Pflichttheilsrecht. Das vollbürtige Geschwisterkind ist ab intestato näher als der halbbürtige Bruder von Vaters Seite, aber nur der Bruder, nicht jene Geschwisterkinder haben Pflichttheilsrecht.

19) LL. 14, 16. §. 1, 31. pr. Dig. h. t.

20) Glück, Komment. Bd. 7. S. 12; Bluntschli, Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen S. 155; Puchta, Pand. §. 488 und Vorlesungen Bd. II. S. 371 ff.

21) Wie Francke, Notherbenrecht S. 202 ff. Mühlenbruch, Komment. Bd. 35. S. 232 ff. und Vangerow, Pand. II. S. 262 vertheidigen.

selben steht ihr nur eine persönliche Klage, nicht die Inofficiositätsquerel gegen die Testamentserben zu (§§. 25, 33).

2) Größe und Berechnung des Pflichttheils.

§. 79.

Vor und nach Nov. 18. cap. 1.

Der Pflichttheil, dessen Größe wol ursprünglich dem Ermessen des Centumviralgerichts [1]) überlassen war, betrug bis zur Nov. 18. cap. 1, also in den Institutionen, Pandekten und im Codex, nach Analogie der Falcidischen Quart [2]) (§. 132.) ohne Rücksicht auf die Zahl der Intestaterben ein Viertel [3]) derjenigen Virilportion, die den Berechtigten ab intestato zugefallen wäre [4]). Justinian aber setzte im J. 536 durch Nov. 18. cap. 1. mit Rücksicht auf die Zahl der Intestaterben den Pflichttheil auf 1/3 der Intestatportion [5]) des Berech-

---

1) Vgl. Bethmann-Hollweg, Ueber die Kompetenz des Centumviralger. in Ztschr. f. g. R.-W. Bd. 5. S. 358 ff.

2) In L. 31. Cod. h. t. 3, 28 und L. 5. §. 3. Cod. ad leg. Iul. maiest. 9, 8 wird die portio legitima geradezu Falcidia genannt. Cf. Brachylosus de iniusto, irr. et inoff. test. 2, 34. §. 4. (ed. Böcking pag. 73).

3) Daher die Ausdrücke: quarta legitimae partis, quarta debitae portionis (§. 3. Inst. h. t. 2, 18; Ulp. L. 8. §. 8. Dig. h. t. 5, 2. cf.; §. 78. Note 5).

4) §. 7. Inst. h. t.; L. 8. §. 6. Dig. h. t.; L. 8. pr. Cod. h. t. So betrug z. B. der Pflichttheil von 3 hinterlassnen Söhnen 1/4 eines Drittel = 1/12 des ganzen Nachlasses. Hinterließ der Erblasser von einem verstorbnen Sohne 3, von einem andern 1 Enkel, so betrug der Pflichttheil jener 3 zusammen 1/8, der eines jeden 1/24, der des einen Enkels 1/8 des Nachlasses. L. 8. §. 8. Dig. h. t.

5) Nicht des ganzen Nachlasses; nur die Quantität des Pflichttheils hat Justinian verändert, wie aus praef. der Nov.

tigten fest, wenn der Testator ein, zwei, drei oder vier Kinder, auf $1/2$ dagegen, wenn er mehr als vier Kinder hinterläßt. Diese Erhöhung des Pflichttheils gilt aber nicht nur für die Descendenten, sondern nach der gewöhnlichen richtigen Meinung und der ausdrücklichen Bestimmung des cap. 1. i. f. [6]) auch für die Ascendenten und pflichttheilsberechtigten Geschwister [7]).

Zur Feststellung nun, ob den Berechtigten $1/2$ oder $1/3$ ihrer Intestatportion zukomme, werden alle zu gleicher Zeit berechtigten Intestaterben, auch die nicht pflichttheilsberechtigten, die enterbten [8]) (sie hätten ja ab intestato geerbt) und gemeinrechtlich auch die bei Lebzeiten auf die Erbschaft verzichtenden [9]) gezählt, die Intestatportion dann nach dem reinen Aktivvermögen des Testators zur Todeszeit [10]), also nach Abzug der Schulden, Begräbniß-, Testamentsapertur-, Inventarisirungs- und dergleichen Massekosten [11]), ohne Rücksicht auf spätere Vermehrung oder Ver-

---

hervorgeht und aus cap. 2. i. f.: „praeter solam quantitatem, quam ad praesens auximus“.

6) Hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio (ἐξ ἀρχῆς) antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est. Für die Ascendenten noch ausdrücklich Nov. 89. cap. 12. §. 3: „legitimam . . . partem, quam lex et nos constituimus“. Ueber die Berechnung des Pflichttheils der Ascendenten vgl. Glück, Komment. Bd. 7. S. 52 ff.

7) Andrer Meinung Marezoll in Ztschr. für Civilrecht und Prozeß (Gießen) Bd. 1. S. 251 ff., dagegen Francke, Notherbenrecht S. 208 ff. und Mühlenbruch, Komment. Bd. 35. S. 238 ff.

8) Ulp. L. 8. §. 8. Dig. h. t. 5, 2. vgl. Glück, Komm. Bd. 7. S. 121 ff., Francke loc. cit. S. 212 ff.

9) Glück, Komment. Bd. 7. S. 130 ff., Mühlenbruch eod. Bd. 35. S. 265 ff., andrer Meinung Francke loc. cit. S. 216 ff.

10) Francke eod. S. 226 ff.

11) L. 8. §§. 9 und 11. Dig. h. t. 5, 2; L. 6. Cod. h. t. 3, 28; L. ult. §. 9. Cod. de iure delib. 6, 30.

minderung, berechnet und das Drittel oder die Hälfte derselben den Pflichttheilsberechtigten mit Ausnahme der giltig enterbten, deren Portion den eingesetzten Erben verbleibt, nach der bei der Intestaterbfolge maßgebenden Theilung in capita, stirpes, lineas zugewiesen [12]). Dabei aber muß sich jeder in seinen Pflichttheil einrechnen lassen, was er „ex ipsa substantia defuncti" bekommen d. h. was ihm der Testator mortis causa geschenkt, was er ihm als dos [13]), propter nuptias donatio [zum Ankaufe einer militia [14])] oder als donatio inter vivos oder sonstwie unter Lebenden mit dem ausdrücklichen Vorbehalte der Einrechnung in den Pflichttheil [15]) zugewendet hat [16]). Soweit aber der Pflichttheil reicht, darf die Fal-

12) Ulp. L. 8. §. 8. Dig. h. t.; vgl. Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 35. S. 272 ff.

13) Die dos erst seit Zeno, früher nicht eingerechnet. LL. 1, 2. Gregor. Cod. de inoff. test. 2, 6; L. 11. Dig. h. t. 5, 2; L. 29. Iust. Cod. h. t. 3, 28.

14) L. 30. §. 2. Cod. eod.; bei uns als der römischen Stats-verfassung angehörig antiquirt.

15) Nur dann, während es bei den übrigen Zuwendungen eines solchen Vorbehalts nicht bedarf; §. 6. Inst. h. t. 2, 18; LL. 8. §. 6, 25. pr. Dig. h. t.; L. 35. §. 2. Cod. h. t.

16) Vgl. dagegen die Kollation (§. 111.), von der nicht auf die Einrechnung in den Pflichttheil geschlossen werden darf; L. 20. pr. Cod. de collat. 6, 20. Da nur das ex substantia defuncti Kommende eingerechnet wird, so ist also sowol das ausgeschlossen, was der Pflichttheilsberechtigte vom Erben oder Legatar condicionis implendae causa als auch das, was er als Pupillarsubstitut — also aus dem Nachlasse des Pupillen (§. 63) — erhalten hat; aber nach ausdrücklicher Bestimmung Justinian's auch das ihm als Vulgarsubstituten und iure adcrescendi Zufallende (L. 36. pr. Cod. h. t. 3, 28 über deren Erklärung vgl. Francke, Notherbenrecht S. 230 ff. und Mühlenbruch, Komment. Bd. 35. S. 294 ff. gegen Donelli Comment. lib. XIX. cap. IV. §. XXXV. ed. Flor. tom. V. pag. 528 sqq.), wol weil ein solcher Erwerb immer das Wegfallen eines andern ursprünglich Berechtigten voraussetzt.

cidische oder Trebellianische Quart (§. 132.) nicht abgezogen werden [17]).

3) Form der Zuwendung des Pflichttheils.

§. 80.

Mortis causa und inter vivos.

Da es beim Pflichttheil nur darauf ankommt, daß er den Berechtigten „ex ipsa substantia patris", aus dem Vermögen des Erblassers zufalle (aus dem Nachlasse braucht er nicht zu kommen), so kann er sowol durch Erbeseinsetzung [1]) als auch durch Hinterlassung eines Vermächtnisses oder durch mortis causa donatio oder inter vivos als dos, propter nuptias donatio [Hingabe zum Ankaufe einer militia] oder mit der ausdrücklichen Bestimmung der Einrechnung in den Pflichttheil (§. 79. Note 15) als donatio inter vivos oder sonstwie gegeben werden [2]). Er muß aber pure, ohne jegliche Belastung, also ohne condicio, ohne dies, ohne modus, ohne mora oder ohne ein andres gravamen zugewendet werden; jedes onus gilt, soweit es den Pflichttheil trifft, nach Justinianischem Rechte pro non scripto [3]). Selbst dann, wenn der Pflichttheil belastet und dem Berechtigten noch mehr, als der Pflichttheil beträgt, zugewiesen ist, mit der ausdrücklichen Bestimmung [4]), er solle das Plus nur erhalten, wenn er die auf

---

17) §. 6. Inst. h. t.; LL. 33. pr., 36. Cod. h. t.

1) Und dann haften die Pflichttheilsberechtigten, auf eine bestimmte Quote eingesetzt, den Gläubigern gegenüber als Erben; nur Vermächtnisse können sie nicht treffen.

2) Vgl. §. 79. Note 17.

3) LL. 32, 36. §. 1. Cod. h. t. 3, 28; Nov. 18. cap. 3. Früher war die ganze Verfügung ungiltig.

4) Denn sonst würde er das Plus mit der Belastung erhalten.

dem Ganzen ruhende Belastung tragen wolle [5]), kann sich der Berechtigte freilich die Belastung gefallen lassen, aber er braucht es nicht; er kann nach Wahl entweder das gravamen erfüllen und dann das Ganze — oder im andern Falle — seinen Pflichttheil unbeschwert fordern. Dieser soll aber, wenn er in Vermächtnissen besteht, sofort nach dem Tode des Erblassers vom Erben ausgezahlt werden; läßt er es zur Verurtheilung kommen, so muß er zur Strafe wegen dieses Verzuges dem Notherben $1/3$ des Pflichttheils mehr geben [6]).

4) Folgen der Pflichttheilsverletzung.

§. 81.

Querela inofficiosi testamenti.

Sind nun die Berechtigten in ihrem Pflichttheilsrecht gekränkt, so konnten sie nach Vorjustinianischem Rechte, mochte ihnen die gesetzliche Portion gar nicht oder nicht voll zugewendet sein, nach Wahl entweder das Testament als ein liebloses mit der querela s. accusatio inofficiosi testamenti [1]) anfechten oder mit Verzicht auf diese auf Ergänzung des ihnen nicht voll zugewendeten Pflichttheils klagen [2]). Die Querel aber beruht auf der Fiktion des

5) Diese Anordnung pflegt man nach dem i. J. 1556 gestorbnen Mariano Socini bei uns cautela Socini zu nennen, obgleich sie (vgl. Glück, Komment. Bd. 7. S. 86) schon vor Socini üblich gewesen ist, vgl. auch Francke, Notherbenrecht S. 247 ff.

6) L. 33. pr. Cod. h. t.

1) Daß sie durch die Praxis des Centumviralgerichts und nicht, wie Cuiacius (observ. II, 21) meinte, durch eine in der Inskription der L. 4. Dig. h. t. 5, 2 erwähnte, sonst ungewisse lex Glicia eingeführt und durch die Doktrin so wie durch die spätere Kaisergesetzgebung weiter ausgebildet sei, wird jetzt fast allgemein anerkannt.

2) Paul. S. R. IV, 5. §. 7; L. 2. Greg. Cod. h. t. 2, 6; §§. 3, 6. Inst. h. t. 2, 18; LL. 3, 30. pr. Iust. Cod. h. t. 3, 28.

Wahnsinns, auf dem color insaniae, auf der Annahme, der Testator müsse wol nicht recht bei Verstande gewesen sein, daß er einen ihm so nahe stehenden Blutsverwandten contra officium pietatis gar nicht bedacht oder ihm doch die gesetzlich gebührende Portion inique geschmälert habe [3]). Wegen dieser außerordentlichen Natur der Querel entzog sie Justinian i. J. 528 durch L. 30. Cod. h. t. 3, 28 (§. 3. Inst. h. t. 2, 18) demjenigen Notherben, dem die portio legitima theilweise zugewendet ist, gestattete diesem nur eine Klage auf Ergänzung des Pflichttheils; und seitdem steht die Inofficiositätsquerel nur noch denjenigen Notherben zu, denen der Pflichttheil gar nicht zugewendet ist. Da nun die eigentlichen Notherben, die entweder eingesetzt oder enterbt werden müssen (§. 75), zugleich pflichttheilsberechtigt sind, so haben sie die Querel, wenn sie giltig enterbt [4]) und gar nicht bedacht sind, die andern bloß Pflichttheilsberechtigten dann, wenn ihnen gar nichts von ihrem Pflichttheil zugewendet ist. Diese Personen treten als Kläger gegen diejenigen als Beklagte auf, welche die Erbschaft als Testamentserben oder an Erben Statt als bonor. possessores, als Universalfideikommissare (in Folge der Restitution) oder als succedirender Fiskus erworben [5]) haben, sie können aber die Querel wegen ihrer außerordentlichen und deßhalb subsidiären [6]) Natur nur dann anstellen, wenn sie ihr Pflichttheilsrecht mit keinem an-

---

3) Marcian. L. 2. Dig. h. t.

4) Denn nicht giltig enterbt oder präterirt, ist das Testament von vornherein nichtig oder führt die B. P. cont. tab. herbei (§. 77).

5) L. 8. §. 10. Dig. h. t. 5, 2; LL. 1, 10. Cod. h. t. 3, 28.

6) §. 2. Inst. h. t. 2, 18.

dern Rechtsmittel verfolgen können, und selbst auch dann nicht:

1) gegen das Soldatentestament (§. 75. Note 2. und §. 50) [7]);

2) gegen das Testament des Haussohnes über sein kastrensisches und quasikastrensisches Vermögen [8]);

3) gegen das vom Vater für sein unmündiges Kind gemachte Testament, so daß also der Notherbe eines Pupillen keine Querel gegen den Pupillarsubstituten hat (§. 63. Note 17.) [9]), und nicht

4) gegen dasjenige Testament, in dem der Notherbe nicht notae causa oder mala mente, sondern bona mente, zu seinem Besten enterbt ist. Eine solche Enterbung in guter Absicht („ut filiis consulat testator“) erkennen die Quellen an bei blödsinnigen, verschwenderischen und unmündigen Kindern, denen die unbedingte und ohne Zeitaufschub erfolgende Zuwendung des Pflichttheils nachtheilig sein würde. Enterbt nämlich der Testator den furiosus oder prodigus und sorgt für gehörige Alimentirung desselben, oder enterbt er den impubes, verpflichtet aber den eingesetzten Erben zur Restitution der Erbschaft bei erreichter Mündigkeit des Pupillen [10]), so fällt der Vorwurf der Lieblosigkeit weg. Nach der gewöhnlichen, in praxi anerkannten Meinung steht diese exheredatio bona mente facta aber nicht nur für die in den Quellen hervorgehobnen

---

7) LL. 8. §§. 3, 4; 27. §. 2. Dig. h. t.

8) L. 37. Cod. h. t.; vgl. Francke, Notherbenrecht S. 446 ff.

9) L. 8. §. 5. Dig. h. t.

10) L. 12. §. 2. Dig. de bon. libert. 38, 2; L. 16. §. 2. Dig. de curat. furios. 27. 10; L. 18. Dig. de liber. et post. 28, 2; L. 25. Cod. h. t. 3, 28.

Fälle, sondern analoger Weise auch in allen andern zu, wo der Notherbe Gefahr läuft, entweder durch eignes Verhalten oder durch Andere das ihm Zugewendete sehr bald wieder zu verlieren [11]), vorausgesetzt, daß die Enterbung gehörig motivirt, das Motiv richtig und die testamentarische Anordnung zweckmäßig befunden ist [12]).

Der Grund der Querel ist die ungerechte, lieblose Ausschließung des Berechtigten vom Pflichttheil, den er als ein gesetzliches Recht fordern, von dem er nur ausgeschlossen werden kann, wenn er durch sein eignes Betragen gegen den Erblasser die Entziehung desselben verdient hat. Ob er sie verdient habe, das war nach dem Rechte vor Nov. 115, welches die Anführung eines Enterbungsgrundes nicht forderte (§. 76. a. E.) [13]), der freien Beurtheilung des Richters anheimgestellt; den Beweis aber der Einrede, daß er verdienter und nicht liebloser Weise ausgeschlossen sei, den mußte nach dem schon von den Vorgängern Justinian's anerkannten Rechte [14]) der Beklagte führen [15]).

---

11) Z. B. der überschuldete Notherbe, der das ihm Zugewendete an die Konkursgläubiger verlieren würde.

12) Glück, Komment. Bd. 7. S. 256 f.; Puchta, Vorlesgg. II. S. 378 ff., während Andre sie auf die in den Quellen genannten Fälle beschränken und Francke, Notherbenrecht S. 422 ff. sogar ihre Zulässigkeit überhaupt bestreitet.

13) Ueber die abweichenden Ansichten älterer Juristen vgl. Francke loc. cit. S. 290 ff.

14) Diocl. et Max. L. 22, Constant. L. 28, Iustin. L. 34. Cod. h. t 3, 28; Nov. 97. cap. 1. §. 1.

15) Der Pflichttheil wird ja als ein gesetzliches Recht geschuldet, das nur unter der angegebnen Voraussetzung entzogen werden kann; die Vermuthung ist also für die Berechtigung. Diese richtige Meinung vertheidigt Francke loc. cit. S. 293 ff. gegen die

Der Zweck der Querel ist die Herbeiführung der Intestatsuccession in Folge der Rescission des Testaments [16]). Mit der Querel verlangt jeder Kläger seine (aber auch nur seine) Intestatportion [17]), ficht das Testament nur, soweit sein Intestaterbtheil reicht, an und verlangt nur soweit Rescission des Testaments. Daher fällt das ganze Testament sammt Vermächtnissen [18]), Pupillarsubstitutionen und andern Nebenanordnungen

---

Meinung der Mehrzahl (vgl. Bluntschli, Erbfolge gegen den letzten Willen S. 182 f. Mühlenbruch, Komment. Bd. 35. S. 342), die namentlich wegen der, wol nicht von der Beweislast redenden LL. 3. und 5. Dig. h. t. dem Kläger den Beweis, „immerentem se et ideo et indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum", auferlegt. Andre (vgl. Glück, Komment. Bd. 7. S. 319) fordern vom Beklagten den Beweis nur dann, wenn ein Grund der Ausschließung angeführt ist, sonst vom Kläger.

16) Um die Erbschaft ab intestato erlangen zu können, mußten deßhalb die Emancipirten und Kognaten als prätorische Intestaterben zuvor die B. P. Unde liberi resp. Unde cognati erbitten, die ihnen dann der Prätor litis ordinandae gratia ertheilte LL. 6. §. 2, 8. pr. Dig. h. t. 5, 2. L. 2. Cod. h. t.; vgl. Leist, Die B. P. 2. Bd. 2. Abthlg. S. 39 f. Bluntschli loc. cit. S. 184.

17) LL. 19, 20. 17, 8. §. 8. Dig. h. t. Die Quellen bezeichnen daher die Querel ihrer Natur nach als „hereditatis petitio ex causa inofficiosi querelae" (Tryphon. L. 20. pr. Dig. de B. P. c. t. 37, 4) oder „ex nomine de inofficioso constituta" (Iust. L. 34. Cod. h. t. 3, 28). Sind die Pflichttheilsberechtigten im Besitz, so hat sie die Natur einer Einrede gegen die Forderungen der Eingesetzten. Vgl. Klenze, Querelae inoff. test. natura. Berol. 1820; Bluntschli loc. cit. S. 172; Francke loc. cit. S. 253; Mühlenbruch, Komment. Bd. 35. S. 344 f.

18) L. 8. §. 16. Dig. h. t. 5, 2 (testamentum . . . ipso iure rescissum est), L. 28. Dig. eod. (nihil ex eo testamento valet). Ueber die häufig als Ausnahmen angeführten L. 28. Dig. h. t. und L. 3. Cod. h. t. vgl. Francke loc. cit. S. 309 ff. Mühlenbruch, Komment. Bd. 35. S. 380 ff.

nur dann fort, tritt nur dann volle Intestaterbfolge ein, wenn alle ausgeschlossnen Intestaterben oder ein allein auf die Erbschaft Berechtigter die Querel siegreich gegen alle Beklagten durchführen; führen sie dagegen die Querel nicht gegen alle, sondern nur gegen einzelne Beklagten siegreich durch, so tritt auch nur für die siegreichen Kläger die Intestaterbfolge ein, wird das Testament nur theilweise mit Aufrechthaltung der den obsiegenden Beklagten auferlegten Vermächtnisse [19]) und unter Fortbestand der Pupillarsubstitutionen [20]) rescindirt; der siegreiche Notherbe tritt ab intestato neben dem obsiegenden Beklagten als Testamentserbe ein [21]). Dabei aber adkrescirt dem siegreichen Kläger der Theil [22]) desjenigen, der entweder überhaupt die Klage nicht erhebt oder sie später aufgiebt oder sie verjähren läßt [23]). Wird dagegen der Querulant durch Urtheil mit seiner Klage abgewiesen, so verliert er zur Strafe als indignus alles, was

---

19) Für die der siegende Intestaterbe nicht haftet: L. 13. Cod. h. t. Ueber die ante motam controversiam gezahlten Vermächtnisse siehe jedoch L. 8. §. 16. Dig. h. t.

20) L. 8 §. 5. Dig. eod.; L. 31. pr. Dig. de vulg. et pupill. subst. 28, 6; cf. L. 76. pr. Dig. de leg. II°.

21) Es fällt, wie Ulp. L. 17. pr. Dig. h. t. ausführt, doch eigentlich immer das Testament als solches fort und wird die Intestaterbfolge eröffnet, der Sieger weist aber „rei iudicatae auctoritate" diejenigen, welche das Testament gar nicht oder nicht siegreich angefochten haben, zurück. So erklären sich auch L. 15. §. 2. Dig. h. t., L. 13. Cod. h. t. vgl. §. 5. Note 5.

22) Anders Mühlenbruch, Komment. Bd. 5. S. 400 ff.

23) LL. 23. §. 2, 17. pr. Dig. h. t. Ob auch der Theil desjenigen, der, zur Querel berechtigt, den Prozeß verliert, ist bestritten. Dagegen Francke loc. cit. S. 272 ff., dort auch über die L. 16. pr. Dig. h. t., die nur eine Anwendung des in Note 17 hervorgehobnen Grundsatzes und der rei iudicatae auctoritas ist.

ihm der Erblasser in diesem Testamente oder durch Kodizill zugewendet hat, an den Fiskus [24]) (§. 115.).

Die an sich begründete Querel erlischt

1) durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht nach des Erblassers Tode [25]), und zwar gilt als stillschweigender Verzicht jede Handlung des Notherben, worin eine Anerkennung des Testaments oder des Testamentserben als solchen liegt z. B. die Annahme oder Forderung eines dem Notherben hinterlassnen Vermächtnisses [26]), die Annahme des dem Notherben condicionis implendae causa Gegebnen [27]), Vergleich mit dem Testamentserben, Kauf oder Miethe einer Erbschaftssache, Zahlung des dem Erblasser Geschuldeten [28]) und dergl. Bei Lebzeiten des Erblassers läßt das römische Recht einen solchen Verzicht auf die Querel nicht zu (§. 5. Note 7), gemeinrechtlich aber muß man ihn nach der konsequenteren

---

24) Paul. S. R. IV, 5. §§. 9, 10; L. 8. §. 14. Dig. h. t. 5, 2; L. 5. pr. Dig. de his quae ut indignis 34, 9. Diese Indignität trifft aber nicht den für den Sohn klagenden Vater noch auch den für den Pflegling klagenden Vormund: LL. 22, 30. §. 1. Dig. h. t. 5, 2; §. 5. Inst. h. t. 2, 18.

25) L. 35. §. 1. Cod. h. t.

26) LL. 23. §. 1, 32. pr., Dig. h. t.; L. 5. pr. Dig. de his quae ut indign. 34, 9; ebenso aber, wenn der Notherbe das einem Dritten hinterlassne Legat fordert, den er beerbt hat: L. 32. §. 1. Dig. eod. (vgl. Mühlenbruch, Komment. Bd. 35. S. 441 ff. gegen Francke loc. cit. S. 321 f.), nicht aber wer wie z. B. der Vormund ex officio das seinem Pflegling hinterlassne Legat fordert L. 10. §. 1. Dig. eod.

27) L. 8. §. 10. Dig. eod.; über welche Stelle Francke loc. cit. S. 324 ff.; Mühlenbruch, Komment. Bd. 35. S. 444 ff.

28) L. 23. §. 1. cit. Dig. eod. Nicht aber darin, daß der Notherbe den pro parte eingesetzten Testamentserben beerbt. L. 31. §. 2. Dig. eod.

Meinung wol als wirksam anerkennen [29]) (§. 5. Note 10 ff.);

2) durch fünfjährige Verjährung [30]), für Großjährige gerechnet von der Erbschaftsantretung [31]), für Minderjährige von erreichter Majorennität [32]) an. Aber „ex magna et iusta causa" [aus welcher die i. i. restitutio gegeben zu werden pflegt] kann auch noch post quinquennium geklagt werden d. h. es wird dann die Zeit, in welcher der Anstellung der Querel Hindernisse im Wege standen, nicht eingerechnet [33]);

3) durch Tod des Berechtigten vor vorbereiteter (präparirter) Querel, denn da diese auf persönliche Genugthuung gerichtet ist [34]), so geht sie nicht auf die Erben über, wenn der Berechtigte nicht auf irgend eine Weise, sei es durch ausdrückliche Erklärung, sei es durch andre Thatsachen, wenn auch nur durch bloße Drohung [35]), seinen Willen, die Que-

---

29) Francke loc. cit. S. 319 f. und Mühlenbruch loc. cit. S. 438 ff. gegen Glück, Komment. Bd. 7. S. 474 ff.

30) LL. 8. §. 17, 9. Dig. h. t.; LL. 16, 34 i. f. Cod. h. t. Sie stammt aber schwerlich, wie früher angenommen, aus dem S. C. Neronianum ne de statu defunctorum post quinquennium agatur. Vgl. Francke loc. cit. S. 312 f.

31) Nach der von Justinian L. 36. §. 2. Cod. h. t. gebilligten Meinung Ulpian's. Modestin rechnete irrig (die Anstellung der Querel erfordert Erwerbung der Erbschaft) den Lauf der Verjährung vom Tode des Testators an.

32) L. 2. Cod. In quib. caus. i. i. rest. necess. n. est. 2, 41.

33) L. 8. §. 17. Dig. h. t. 5, 2 z. B. L. 16. Cod. h. t. 3, 28.

34) Sie ist eine so genannte actio vindictam spirans cf. L. 8. pr. Dig. h. t.

35) LL. 6. §. 2, 7. Dig. h. t.; L. 5. Cod. h. t.; bei den bloß prätorischen Erben durch Erbittung des B. P. litis ordinandae gratia (Note 16).

rel erheben zu wollen, an den Tag gelegt hat. Nur Kinder können seit Justinian's L. 34. Cod. h. t. 3, 28 (a. 530) die Querel auch ohne Vorbereitung auf ihre Descendenten (nicht aber auf Andre) vererben, wenn sie vor dem Testamentserben gestorben sind [36].

Ist die Querel des zunächst Berechtigten aus einem jener angeführten Gründe erloschen, so kann sie nun derjenige Notherbe, der bei der Intestaterbfolge zunächst nach jenem berufen wäre, aus eignem Rechte erheben; er succedirt in die Querel (successio in querelam) [37]. Diese Succession richtet sich ganz nach den Regeln der Intestaterbfolge, und man muß daher, seitdem für alle Klassen der Intestaterbfolge eine successio graduum anerkannt ist (§. 27. a. E.), auch bei der Querel eine graduum successio zulassen [38].

§. 82.

Querela inofficiosae donationis vel dotis.

Durch die querela inofficiosi testamenti ist der gänzlichen lieblosen Entziehung des Pflichttheils vorgebeugt. Damit aber der Erblasser auch nicht durch unmäßige Vergabungen unter Leben-

---

36) L. 34. cit. Cod. h. t.: „si . . . deliberante scripto herede filius exheredatus decesserit;“ L. 36. §. 2. Cod. eod.: „in medio tamen tempore id est a morte quidem testatoris sed ante aditam hereditatem si decesserit filius huiusmodi querelam, licet se non praeparaverit, ad suam posteritatem transmittet. Dennoch will sie Marezoll (Ztschr. für Civilrecht und Prozeß Bd. 3. S. 343 ff.) immer ohne Präparation auf die Descendenten übergehen lassen, außer im Falle des Verzichtes und der Verjährung.

37) L. 31. pr., 14. Dig. h. t. 5, 2.

38) Vgl. über diese Streitfrage Glück, Komment. Bd. 7. S. 380 ff.; Francke loc. cit. S. 281 ff.; Mühlenbruch, Komment. Bd. 35. S. 475 ff.; Vangerow, Pand. II. S. 285.

den, durch unmäßige Schenkungen und Dotirungen den Pflichttheilsberechtigten ihre portio legitima kürze, ist in der spätern Kaiserzeit [1]) nach Analogie jener Querel („ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae, ad instar s. ad exemplum inofficiosi testamenti") die querela inofficiosae donationis vel dotis ausgebildet worden.

Kläger sind hier dieselben wie bei der inofficiosi testamenti querela, also die pflichttheilsberechtigten Descendenten, Ascendenten und Geschwister [2]), welche durch eine inofficiöse Schenkung oder Dotirung in ihrem Pflichttheilsrechte gekränkt sind, vorausgesetzt, daß sie sich keiner als richtig erwiesnen Enterbungsursache (§. 84) gegen den Erblasser schuldig gemacht haben [3]). Beklagte sind die inofficiös Beschenkten oder Dotirten resp. deren Erben [4]); aber auch diese Querel ist aus gleichem Grunde in denselben Fällen ausgeschlossen, in denen die inofficiosi testamenti querela nicht Statt hat (§.

1) Die erste Spur davon findet sich in einem von Paul. L. 87. §. 3. Dig. de leg. II°. berichteten Reskripte Alexander Sever's. Vgl. Valerian. et Galien. L. 2. (L. 3 Ausdehnung auf die Intestaterbfolge), Diocl. et Maxim. L. 4. Cod. h. t. 3, 29; Iustin. Nov. 92. cap. 1. a. 539.

2) Das Motiv der Zulassung der Querel ist für die pflichttheilsberechtigten Geschwister (also den Vorzug einer turpis persona vorausgesetzt §. 78, 3) ebenso gut vorhanden wie für die De- und Ascendenten, daher kein Grund, ihnen die Querel abzusprechen (wie Puchta, Pand. §. 491. Note c.), wenn auch die Quellen nur der De- und Ascendenten ausdrücklich gedenken.

3) Nov. 92. cap. 1. §. 1: „Atque haec quidem dicimus de liberis gratis circa eos (parentes), non de ingratis ac quibus parens iustam legitimamque ingratitudinem obicit."

4) Nicht deren Singularsuccessoren wie Glück, Komment. Bd. 7. S. 174 ff. will. Vgl. Francke, Notherbenrecht S. 521; Mühlenbruch, Komment. Bd. 36. S. 71 ff.

81. Note 6—10). Der **Grund** der Querel ist die durch inofficiöse Schenkung unter Lebenden oder durch inofficiöse Dotirung bewirkte Kränkung der Pflichttheilsberechtigten in ihrem Pflichttheilsrechte. Inofficiös aber ist die donatio oder dos dann, wenn der Erblasser in der pflichtwidrigen Absicht [5]), den Pflichttheil auf Kosten der Berechtigten zu schmälern, durch jene Liberalitäten in unmäßiger Weise [6]) sein Vermögen so vermindert, daß die den Berechtigten beim Tode des Erblassers zufallende Quote nicht so viel beträgt, als ihr Pflichttheil vor jener Schenkung oder Dotirung betragen hätte [7]). Die Inofficiosität der Schenkung oder Dotirung kann sich also erst zur Todeszeit des Erblassers durch **Vergleichung** der Größe des Nachlasses mit dem Vermögensbestande **vor** jenen Liberalitäten herausstel-

5) Dennoch erklären manche diese **Absicht** für nicht erforderlich und glauben, es komme nur darauf an, ob wirklich der Pflichttheil durch die Schenkung lädirt sei oder nicht. (Glück, Komment. Bd. 7. S. 167; Francke, Notherbenrecht S. 505 ff.; Kritz, Exeg.-prakt. Abhandlgg. S. 110. ff). Aber die Quellen heben jene Absicht ausdrücklich hervor: L. 87. §. 3. Dig. de leg. II°. (ob intervertendam querelam); L. 1. Cod. h. t. 3, 29 (ad eludendam inofficiosi querelam), L. 3. Cod. eod. (inane nomen heredum liberis reliquerunt) L. 7. Cod. eod. (profunda liberalitate; quod immoderate gestum est) = Vat. frgm. §. 280 (in filiorum perniciem), und ohne pflichtwidrige Absicht, wie sie ja auch in der leichtsinnigen Vergabung liegen kann, verlöre die Querel ihr Fundament. Die L. 5. Cod. h. t. steht nicht entgegen, denn durch unmäßige Liberalität gegen die lebenden Notherben oder gar gegen Fremde verletzt der Erblasser die ihm zur Pflicht gemachte Berücksichtigung des nasciturus, und deßhalb hat auch der postumus die Querel.

6) Daher die Quellenausdrücke: immodicae, immoderatae, immensae, enormes donationes.

7) Vgl. Nov. 92. cap. 1. pr.: „servare legitimam portionem, quanta futura erat, **antequam donatione pater filium aut liberos honoraret**“.

len [8]) und von Inofficiosität keine Rede sein, wenn sich das Vermögen des Erblassers nach geschehner Schenkung zufällig [9]) so vermindert hat, daß die Höhe des Pflichttheils beim Erbfalle ein minus ergiebt gegen früher. Der Zweck der Querel ist die Beseitigung der durch inofficiöse donatio oder dos bewirkten Pflichttheilsschmälerung, also Ergänzung des Pflichttheils bis zur gesetzlichen Höhe. Das Petitum geht daher (anders wie bei der inofficiosi testamenti querela) auf Rescission der inofficiösen Schenkung oder Dotirung, soweit dadurch der Pflichttheil verkürzt ist (weiter nicht, also extraneis gegenüber nicht auf Rescission der ganzen Schenkung) [10]), und wenn der Schenkungen u. s. w. mehrere sind, auf Rescission der letzten Schenkung, welche und so weit sie die Schmälerung des Pflichttheils bewirkt hat. Diese Querel erlischt aus denselben Gründen wie die inofficiosi testamenti querela (§. 81. Note 25—36).

§. 83.

Ergänzungsklage.

Ist aber den Notherben ihr Pflichttheil weder ganz entzogen noch durch eine unmäßige Schenkung oder Dotalbestellung verkleinert worden, sondern ist ihnen wenigstens etwas, nur nicht der volle Pflichttheil zugewendet, so können sie seit Justinian's L. 30. Cod. h. t. 3, 28 (§. 81) nicht mehr das Testament als

---

8) Andrer Meinung Francke loc. cit. S. 508 ff.

9) Z. B. durch unglücklich ausgeschlagne Spekulationen.

10) LL. 5, 7, 8. pr. Cod. h. t. 3, 29; Nov. 92. cap. 1. pr.: „legitimam habebunt eamque tanto auctam portionem, quantum patrimonium patris continebat, antequam donationibus exhauriretur." Ueber die abweichenden Meinungen vgl. Glück, Komment. Bd. 7. S. 58 ff.; Mühlenbruch, Komment. Bd. 36. S. 97 ff.; Francke loc. cit. S. 521 ff.; Vangerow, Pand. II. S. 292 ff.

inofficiös anfechten, sondern, mag der Testator die Ergänzung ausdrücklich angeordnet haben oder nicht, nur noch auf Ergänzung des am vollen Pflichttheil Fehlenden klagen (s. g. suppletoria s. expletoria actio s. actio ad supplendam legitimam). Diese Klage ist als reine Personalklage [1]) gegen die eingesetzten Erben [2]), Miterben, Universalfideikommissare oder wer sonst loco heredum ist, gerichtet, geht daher [3]) auch ohne Präparation auf die Erben des Berechtigten über [4]) und verjährt wie regelmäßig alle Klagen erst in 30, nicht wie die Inofficiositätsquerel in 5 Jahren [5]). Lassen es aber die zur Ergänzung Verpflichteten zur gerichtlichen Verurtheilung kommen, so sollen sie nach der ausdrücklichen Bestimmung Justinian's [6]) zur Strafe noch $1/3$ mehr, als der Pflichttheil beträgt, herausgeben. Die Ergänzungsklage erlischt, abgesehen von Verjährung, durch Vergleich mit den Erben u. s. w. und durch die ausdrückliche Erklärung, daß man mit dem weniger Zugewendeten zufrieden sein wolle, nicht aber durch die Annahme des Zugewendeten ohne Vorbehalt [7]).

---

1) Die verschiednen Ansichten über die Natur dieser Klage siehe in Mühlenbruch-Glück, Komment. Bd. 36. S. 21 ff.

2) „Ab heredibus expleatur“: Nov. 115. cap. 5. pr.

3) Ihr liegt nicht wie der Inofficiositätsquerel persönliche Genugthuung (§. 81. Note 34), sondern eine Forderung auf Ergänzung des Pflichttheils viri boni arbitratu zu Grunde.

4) L. 34. i. f. Cod. de inoff. test. 3, 28.

5) Nicht entgegen Note 4, in der die 5jährige Verjährung nur auf die inoffic. test. zu beziehen ist. Vgl. Glück, Komment. Bd. 7. S. 147 ff.

6) L. 33. pr. Cod. eod.

7) L. 35. §. 2. Cod. eod.

III. Notherbfolge nach Novelle 115.

A. Vorschriften der Novelle.

§. 84.

Enterbungsgründe.

Das bisher dargestellte Notherbenrecht hat nun Justinian i. J. 542 durch Nov. 115. capp. 3—5. reformirt. Diese Nov. bestimmt nämlich: es sollten weder Ascendenten, väterlicher wie mütterlicher Seits, ihre Descendenten noch diese ihre Ascendenten, selbst nicht, wenn sie sich durch Schenkung, Vermächtniß oder sonstwie den Pflichttheil zuwendeten, durch Präterition oder Enterbung von der Erbschaft ausschließen dürfen, wenn sie nicht ausdrücklich eine Enterbungsursache im Testament anführten und die Richtigkeit derselben von den eingesetzten Erben bewiesen würde (*εἰ μὴ τυχὸν ἀχάριστοι ἀποδειχθεῖεν καὶ αὐτὰς ὀνομαστὶ τὰς τῆς ἀχαριστίας αἰτίας οἱ γονεῖς τῇ ἰδίᾳ ἐγγράψαιεν διαθήκῃ*, nisi forsan probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento). Da aber die Enterbungsgründe bisher in verschiednen Gesetzen zerstreut, auch nicht gehörig gesichtet, nicht vollständig und bestimmt seien, so führt die Novelle selbst diejenigen Gründe, welche sie für gerechte Enterbungsgründe (*αἰτίας δικαίας τῆς ἀχαριστίας*, causas iustas ingratitudinis) betrachtet wissen will, auf und zwar deren 14 für die Enterbung der Descendenten, 8 für die der Ascendenten. Demnach sollen laut cap. 3. der Novelle

I. Ascendenten ihre Descendeten nur enterben dürfen [1]):

---

1) Die bei uns antiquirten Enterbungsgründe sind durch eckige Klammern [] bezeichnet.

1) wenn diese ihre Ascendenten thätlich mißhandeln (§. 1) oder
2) ihnen gravem et inhonestam iniuriam (βαρεῖαν καὶ ἀπρεπῆ ὕβριν) zufügen (§. 2) [2]);
3) wenn sie gegen ihre Ascendenten Kriminalanklage erheben, es sei denn wegen Hochverraths (κατὰ βασιλέως ἢ πολιτείας) (§. 3) [3]);
4) [wenn sie mit Giftmischern und Magikern (μετὰ φαρμακῶν, cum maleficis hominibus [4])) in Gewerbsgemeinschaft (ὡς φαρμακός, ut maleficus) leben] (§. 4);
5) wenn sie dem Leben der Ascendenten durch Gift oder sonstwie nachstellen (§. 5);
6) wenn der Sohn mit seiner Stiefmutter [oder mit der Konkubine seines Vaters] Geschlechtsumgang hat (§. 6);
7) wenn der Sohn gerichtlich als delator (συκοφάντης) seiner Eltern auftritt, und diese dadurch in großen Schaden bringt (§. 7);
8) wenn der Sohn oder Enkel (wegen des S. C. Velleianum aber nicht auch die Tochter oder Enkelin) trotz der Aufforderung der Eltern oder Großeltern die Bürgschaft nicht übernehmen will, wodurch diese aus der Schuld- oder Kriminalhaft befreit werden konnten (§. 8);
9) wenn die Kinder ihre Ascendenten an der Errichtung eines Testaments zu hindern versuchen. Sterben die gehinderten Ascendenten ohne Testament (in ipsa pro-

---

2) Vgl. Francke, Notherbenrecht S. 404.

3) Das beschränkt Mühlenbruch, Komment. Bd. 37. S. 142 f. trotz der allgemeinen Ausdrucksweise des §. 3. cap. 3. cit. auf die männlichen Descendenten.

4) Cf. LL. 4, 6. Theod. Cod. de malefic. 9, 16.

hibitione), so werden die Descendenten doch zurückgewiesen (§. 9);

10) wenn der Sohn (nur er ist genannt, nicht alle Kinder) sich wider Willen der Eltern Thierkämpfern oder Gauklern (κυνηγῶν ἢ μίμων)[5]) zugesellt und bei diesem Gewerbe beharrt, vorausgesetzt, daß die Eltern nicht selbst dieses Gewerbe treiben (§. 10);

11) wenn die minderjährige Descendentin die ihr durch ausreichende Dotirung Seitens der Ascendenten ermöglichte Heirath ausgeschlagen und statt dessen einen unsittlichen Wandel geführt hat. Ist sie aber schon großjährig und führt, ohne daß ihr die Ascendenten Gelegenheit zur Heirath geboten, ein unzüchtiges Leben oder verbindet sich sine consensu parentum mit einem Manne[6]), so fällt der Enterbungsgrund fort (§. 11)[7]);

12) wenn die Descendenten ihre geisteskranken Ascendenten nicht gehörig pflegen (§. 12);

13) wenn die wenigstens 18 Jahre alten Descendenten ihre in feindliche Gefangenschaft gerathnen Ascendenten nicht loszukaufen suchen. Stirbt der Ascendent durch die Vernachlässigung der Descendenten in der Gefangenschaft, so werden sie von der Erbschaft ausgeschlossen, und diese wird der Kirche des Wohnorts des Verstorbnen deferirt (§. 13);

14) [wenn das Kind orthodoxer Eltern von der römischen

---

5) Nicht Schauspielern vgl. Glück, Komment. Bd. 7. S. 227.

6) Nach der Nov. mit einem Freien.

7) Ueber die verschiedne Auslegung dieser mangelhaft gefaßten Bestimmung vgl. Francke, Notherbenrecht S. 407 ff. und Mühlenbruch, Komment. Bd. 37. S. 153 ff.

Statsreligion abfällt (μὴ εἶναι τῆς καθολικῆς πίστεως, non esse catholicae fidei)] (§. 14).

Dagegen können laut cap. 4. der Novelle

II. Descendenten ihre Ascendenten enterben:

1) wenn diese jene auf ein mit Todesstrafe belegtes Verbrechen, ausgenommen das des Hochverraths, anklagen oder denunciiren (§. 1);

2) wenn sie mit Gift oder sonstwie dem Leben der Descendenten nachstellen (§. 2);

3) wenn der Vater Geschlechtsumgang mit seiner Schwiegertochter [oder mit der Konkubine des Sohnes] hat (§. 3);

4) wenn die Ascendenten ihre Descendenten am Testiren zu hindern versuchen. Hier gilt dasselbe wie oben Nr. 9;

5) wenn der Vater der Mutter oder diese jenem Gift gegeben, um dadurch den Gatten des Verstandes oder Lebens zu berauben, oder wenn der eine Gatte dem andern sonstwie nach dem Leben trachtet (§. 5);

6) wenn die Ascendenten ihre geisteskranken Descendenten nicht gehörig pflegen (§. 6) oder

7) die in feindliche Gefangenschaft gerathnen Descendenten nicht loskaufen. Hier gilt dasselbe wie oben Nr. 13 (§. 7);

8) [wenn der Ascendent eines orthodoxen Descendenten von der römischen Statsreligion abfällt (§. 8)].

Obgleich nun die Nov. 4. cap. 3. ausdrücklich hinzufügt: „ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere nisi quae in huius constitutionis serie continentur (ὥστε παρὰ ταύτας μηδενὶ ἐξεῖναι ἐξ ἑτέρου νόμου ἀχαριστίας αἰτίαν ἀντιτιθέναι, εἰ μὴ τὰς τῷ ὕφει τῆς παρούσης διατάξεως περιεχομένας), so ist das doch schwer-

lich so zu verstehen, als sollten damit alle übrigen in der Novelle nicht genannten Enterbungsursachen, selbst wenn sie noch schwerer als die genannten wären, ein für allemal ausgeschlossen sein [8]), sondern der Kaiser hat damit nur die im Leben häufigsten aufführen und der richterlichen Beurtheilung (die ja früher eine rein willkürliche war §. 81. Note 13.) eine Norm setzen wollen. Daher ist denn auch die Mehrzahl der Romanisten für eine analoge Anwendung der Novelle und läßt eine Enterbung auch dann zu, wenn die Ursachen gleicher oder schlimmerer Art als die in der Konstitution ausdrücklich angeführten sind [9]).

Die Richtigkeit der im Testamente angeführten Enterbungsursachen aber müssen die eingesetzten Erben beweisen (καὶ οἱ γραφόμενοι κληρονόμοι τὴν ὀνομασθεῖσαν ἢ ὀνομασθείσας αἰτίας ἢ μίαν ἐξ αὐτῶν ἀληθῆ εἶναι δείξειαν, et scripti heredes nominatam vel nominatas causas vel unam ex his veram esse monstraverint) [10]). Zudem bleibt die gar nicht erwähnte bona mente facta exheredatio (§. 81, Note 10.) bestehen.

Sind jene Vorschriften der Novelle nicht befolgt, so ist das Testament hinsichtlich der Erbeseinsetzungen nichtig und es tritt Intestaterbfolge ein (ὅσον εἰς τὴν ἔνστασιν τῶν κληρονόμων ἀνήκει, τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης, εἰς τὴν τῶν γονέων κληρονομίαν τοὺς παῖδας ἐξ ἀδιαθέτου ἐξ ἴσης μοίρας ἔρχεσθαι, quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato ad parentum

---

8) Für diese strikte Wortauslegung Glück, Komment. Bd. 7. S. 247 ff. und die dort Citirten; im Prinzipe auch Mühlenbruch, Komment. Bd. 37. S. 176 ff.

9) Vgl. Bluntschli, Erbfolge gegen den letzten Willen S. 230 ff.; Francke, Notherbenrecht S. 412 ff.; Puchta, Vorlesgg. II. S. 387; Vangerow, Pand. II. S. 300 f.

10) Cap. 3. i. f.

hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte pervenire) [11]); die übrigen testamentarischen Anordnungen aber wie Vermächtnisse, Vormundschaftsernennungen und was sonst zum außerwesentlichen Inhalte des Testaments gehört, bleiben bestehen.

Für die nur auf einen Theil ihrer portio legitima eingesetzten De- und Ascendenten bleibt die Ergänzungsklage bestehen [12]). Das Notherbenrecht der pflichttheilsberechtigten Geschwister ist unerwähnt gelassen.

B. Verhältniß der Nov. zum früheren Rechte.

§. 85.

Derogations- und Nullitätssystem.

Es fragt sich nun zunächst [1]), ob die Nov. 115. nur eine Modifikation des früheren Notherbenrechts oder ein selbstständiges, die Notherbfolge neu gestaltendes Gesetz sei, das dem früheren Rechte derogire, so weit es dasselbe nicht ausdrücklich oder stillschweigend bestätigt. Vergleicht man zur Beantwortung dieser Frage die Hauptbestimmungen des früheren Notherbenrechts mit dem Inhalte jener Novelle, wie sie im Folgenden einander gegenüber gestellt sind:

Früheres Recht.	Recht der Nov. 115.
Keine Präterition der eigentlichen Notherben.	Keine Präterition der pflichttheilsberechtig-

11) Cap. 3. i. f.

12) Cap. 5. pr.: „Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus iussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus; quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri.

1) Ueber die Dogmengeschichte der auf die Nov. bezüglichen Streitfragen vgl. Bluntschli, Erbfolge gegen den letzten Willen S. 269 ff.; Francke, Notherbenrecht S. 367 ff.; Mühlenbruch, Komment. Bd. 37. S. 308 ff.

	ten De- und Ascendenten.
Einsetzung *oder* Enterbung wendet die Präterition ab.	Die pflichttheilsberechtigten De- und Ascendenten sollen der *Regel nach eingesetzt* werden.
Formell giltige Enterbung sichert die Giltigkeit des Testaments; der Anführung einer Enterbungsursache bedarf es *nicht*.	Nur *materiell* giltige Enterbung sichert die Giltigkeit des Testaments; Anführung einer Enterbungsursache und Beweis der Richtigkeit derselben durch die eingesetzten Erben *erforderlich*.
Präterition führt Nullität des *ganzen* Testaments sammt Vermächtnissen u. s. w. herbei.	Nichtanführung od. Nichtbeweis einer Enterbungsursache hat nur Ungiltigkeit der *Erbeseinsetzungen* mit Aufrechthaltung der Vermächtnisse u. s. w. zur Folge.
Formell giltige, aber *inofficiöse* Enterbung begründet *Rescission* des Testaments durch die Inofficiositätsquerel.	Jede nicht materiell giltige Enterbung macht das Testament hinsichtlich der Erbeseinsetzungen *nichtig*.
Zuwendung des Pflichttheils *auf irgend* eine Weise schließt die Inofficiositätsquerel aus:	Nur *Erbeseinsetzung* auf den Pflichttheil oder einen Theil desselben, nicht Legirung oder eine andre Zuwendungsweise desselben wendet die Nichtigkeit des Testaments ab:

vergleicht man diese Bestimmungen, so wird man die Nov. 115. nicht als eine bloße Modifikation des früheren Notherbenrechts ansehen können, sondern sie mit der Praxis und der Mehrzahl unsrer Romanisten als ein selbständiges Reformgesetz [2]) betrachten müssen, das von dem früheren Notherbenrecht nur das gar nicht erwähnte Pflichttheilsrecht der Geschwister und die gar nicht erwähnte exheredatio bona mente facta stillschweigend und die Ergänzungsklage wegen Verkürzung des Pflichttheils ausdrücklich bestätigt hat. Wie Justinian ein Jahr später durch Nov. 118 die Intestaterbfolge ganz neu geregelt hat (§. 21), so hat er durch Nov. 115 im Anschluß an seine constit. 4. Cod. de liber. praet. 6, 28 (§. 76.) die bis dahin bestandne civile und prätorische Notherbfolge zu einer neuen, einfacheren vereinigt. Die alte Nullität des Testaments wegen Präterition (§. 77.), die alte contra tabulas B. P. (§. 77.) und für die pflichttheilsberechtigten De- und Ascendenten die alte Inofficiositätsquerel (§. 81.) ist damit beseitigt; an ihre Stelle tritt nach dem neuen, gemeinrechtlich geltenden Rechte die Nichtigkeit des Testaments hinsichtlich der Erbeseinsetzungen wegen Nichteinsetzung der pflichttheilsberechtigten De- und Ascendenten oder wegen nicht angeführter oder, wenngleich angeführt, nicht bewiesner Enterbungsursache.

Aber, fragt es sich weiter, ist diese Nichtigkeit des Testaments wahre Nullität, die ipso iure eintritt, oder muß das Testament erst durch ein Rechtsmittel rescindirt werden? Auch diese Frage ist von jeher verschieden beantwortet worden. Während die Einen das den Vorschriften der Novelle nicht genügende Testament für

2) Vgl. Basilic. libr. 35. tit. 8. §§. 36 und 37 (ed. Heimbach. tom. III. pag. 561 sqq.).

ipso iure nichtig halten, so daß es zur Herbeiführung der Intestaterbfolge keines Rechtsmittels bedarf (s. g. Nullitätssystem), behandeln die Andern ein solches Testament nur als ein rescissibles, so daß erst in Folge durchgeführter Inofficiositätsquerel, so weit es diese vermag, die Intestaterbfolge eintritt (s. g. Inofficiositätssystem), und noch Andre erklären zwar bei nicht angeführter Enterbungsursache das Testament für ipso iure nichtig, dagegen bei angeführter, aber nicht bewiesner Enterbungsursache für rescissibel durch die Inofficiositätsquerel (s. g. gemischtes System).

Erwägt man aber:

1) daß die Inofficiositätsquerel in der Nov. gar nicht erwähnt ist;

2) daß auch der Ausdruck cap. 4. i. f. „ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης, rescisso testamento", namentlich verglichen mit dem vorausgehenden „nullam vim huius modi testamentum .... habere" nicht als technischer Ausdruck für die eigentliche Rescissibilität zu betrachten, sondern wie so häufig[3]) von der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zu verstehen ist;

3) daß die Novelle keinen Unterschied zwischen der Nichtanführung und dem Nichtbeweis der Enterbungsursache macht, sondern beide mit einander verbindet[4]), für beide dieselben Folgen eintreten läßt;

---

3) Brissonius, de verb. signif. und Dirksen, Manuale v. rescindere.

4) Cap. 3. pr.: nisi forsan probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento; cap. 3. §. 13: nisi ingratitudinis causas ubique approbari contigerit; cap. 3. i. f.: Sive igitur .... memoratas ingratitudinis causas .... parentes in testamento suo inseruerint et scripti heredes nominatam vel nominatas causas veram .... esse monstraverint.

4) daß die Ausdrücke cap. 3. i. f.: „Si autem haec observata non fuerint .... testamento evacuato, τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης, und des cap. 4. i. f.: μηδεμίαν δύναμιν τὴν τοιαύτην διαθήκην ... ἔχειν, nullam vim huius modi testamentum .... habere" die Nichtigkeit des Testaments hinsichtlich der Erbeseinsetzungen verordnen:

so entspricht nur das von der Mehrzahl der Romanisten [5]) vertheidigte Nullitätssystem der Fassung und dem Zwecke der Novelle. Darnach ist also das den Vorschriften der Novelle nicht genügende Testament hinsichtlich der Erbeseinsetzungen (also das eigentliche Testament immer) ipso iure nichtig; eines besonderen Rechtsmittels, einer s. g. querela nullitatis ex iure novo bedarf es nicht; der Erblasser ist als intestatus gestorben, und es tritt daher die Intestaterbfolge ein. Aber diese Nichtigkeit des Testaments kann sich erst im Momente des Todes des Erblassers zeigen und wird daher auch nach diesem Momente beurtheilt [6]). — Und ist nun das den Vorschriften der Novelle nicht genügende Testament hinsichtlich der Erbeseinsetzungen ipso iure nichtig, tritt in Folge dessen die Intestaterbfolge ein, so muß konsequent die Erbschaft auch allen Intestaterben, mögen sie pflichttheilsberechtigt sein oder nicht, nicht bloß den pflichttheilsberechtigten deferirt werden. Zwar redet cap. 3. i. f. der Nov. ausdrücklich nur von den Kindern („εἰς τὴν τῶν γονέων κληρονομίαν τούς παῖδας ἐξ ἀδιαθέτου.... ἔρχεσθαι, ad parentum hereditatem liberos (tamquam) ab intestato .... pervenire"), aber cap. 4. i. f. ordnet die

5) Vgl. Bluntschli loc. cit. S. 237 ff.; Francke loc. cit. S. 371 ff.; Mühlenbruch, Komment. Bd. 37. S. 245. Andrer Meinung Puchta, Pand. §. 493 und Vorlesgg. II. S. 390 f.

6) Vgl. Francke loc. cit. S. 382 ff.

Intestaterbfolge ganz allgemein an („τοὺς ἐξ ἀδιαθέτου εἰς τὴν τοῦ τελευτήσαντος κληρονομίαν καλοῦμεν, ei qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur“), und es läßt sich doch schwerlich annehmen, daß der Kaiser etwas Andres, weniger Günstiges für die Descendenten als für die Ascendenten habe festsetzen wollen, zumal wenn man damit diejenigen Ausdrücke vergleicht, welche das Testament hinsichtlich der Erbeseinsetzungen für nichtig erklären.

§. 86.

Praktische Resultate.

Nach dieser Auffassung der Novelle ergeben sich für die praktische Anwendung folgende Resultate:

1) Alle pflichttheilsberechtigten **De- und Ascendenten** müssen auf ihren ganzen Pflichttheil oder auf einen Theil desselben giltig zu Erben eingesetzt oder giltig enterbt werden. Ueber die Giltigkeit der Erbeseinsetzung entscheiden die §. 76. a. E. angegebnen Grundsätze. Die Enterbung aber ist, abgesehen von der bona mente angeordneten, nur giltig, wenn im Testamente ausdrücklich ein Enterbungsgrund (§. 84.) angeführt und die Richtigkeit desselben von den eingesetzten Erben bewiesen ist. Ist gar kein Enterbungsgrund angeführt oder die Richtigkeit des angeführten nicht bewiesen worden, oder sind die pflichttheilsberechtigten De- und Ascendenten auf ihren Pflichttheil nicht zu Erben eingesetzt, so ist das Testament hinsichtlich der Erbeseinsetzungen mit Aufrechthaltung der Vermächtnisse u. s. w. ipso iure nichtig, und es treten nun an die Stelle der eingesetzten Erben alle Intestaterben ohne Rücksicht auf Pflichttheilsberechtigung ein. Sind aber die pflichttheilsberech-

tigten De- oder Ascendenten auch nur auf einen Theil ihrer portio legitima zu Erben eingesetzt, so können sie bloß auf Ergänzung klagen (§§. 83, 84 a. E.), das Testament ist giltig; dagegen wendet die Zuweisung des Pflichttheils durch Legat, Schenkung u. s. w. die Nichtigkeit des Testaments nicht ab.

2) Die pflichttheilsberechtigten **Geschwister** haben wegen Verletzung ihres Pflichttheilsrechts die alte Inofficiositätsquerel (§. 84. a. E.). Führen sie die Querel durch, so fällt das ganze Testament sammt Vermächtnissen und andern Nebenanordnungen fort. So kann freilich wegen Verletzung des Pflichttheilsrechts entfernterer und nur relativ (nämlich nur einer turpis persona gegenüber §. 78. Note 17.) berechtigter Verwandten das Testament sammt Vermächtnissen u. s. w. fortfallen, während es bei Verletzung des Notherbenrechts der näheren und absolut berechtigten De- und Ascendenten nur mit Aufrechthaltung der Vermächtnisse fortfällt, aber dafür ist es im letzteren Falle auch ipso iure nichtig, während es für die Geschwister erst der Querel bedarf, um die Rescission des Testaments herbeizuführen.

---

tigten. Der eine Miterbenden auch nur auf einen Theil ihrer portio legitima zu Gunsten entsagt, so können sie bloß auf Ergänzung klagen (§§. 88, 91 a, 92), das Testament ist gültig; dagegen wirkt die Zuwendung des Pflichttheils durch Legat, Schenkung u. s. w. die Nichtigkeit des Testaments nicht ab.

2) Die pflichttheilsberechtigten Geschwister haben wegen Verletzung ihres Pflichttheilsrechts nur eine Inofficiositätsquerel (§. 91. a. E.). Führen sie die Querel durch, so fällt das ganze Testament sammt Erbeinsetzungen und andern Nebenanordnungen fort. So kann freilich wegen Verletzung des Pflichttheilsrechts entfernterer und nur relativ (nämlich mit einer turpis persona gegenüber §. 78. Note 17.) berechtigter Verwandten das Testament sammt Vermächtnissen u. s. w. fortfallen, während es bei Verletzung des Pflichttheilsrechts der näheren und absolut berechtigten Des- und Ascendenten nur mit Aufrechterhaltung der Vermächtnisse fortfällt, aber dafür ist es im letzteren Falle auch ipso iure nichtig, während es für die Geschwister erst der Querel bedarf, um die Rescission des Testaments herbeizuführen.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Beckhaus, Friedrich W. K.,

Grundzüge des gemeinen Erbrechts [ein Leitfaden für Studirende]

Bd.: 1

Jena 1860

J.rom.m. 33 wc-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566451-5